

Die Selbstverwaltung der Gemeinden und das Bundesbaugesetz

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Andreas Hamann

Assessor aus Siegen

Marburg

1967

Druck: Buch- und Offset-Druckerei H. Kombächer, Marburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 1. Dezember 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Görg

Mitberichterstatter: Professor Dr. Dr. Pirson

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Dezember 1967

Die Selbstverwaltung der Gemeinden und das Bundesbaugesetz

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

Andreas Hamann

Assessor aus Siegen

Marburg

1967

Druck: Buch- und Offset-Druckerei H. Kombächer, Marburg

Die Selbstverwaltung der Gemeinden und das Bundesgesetz

Historisch-kritische

Studien von Dr. phil. h. c. h. Dr. phil. h. c. h.

von Dr. phil. h. c. h. Dr. phil. h. c. h. Dr. phil. h. c. h.



Antonie H. H. H.

Antonie H. H. H.

Antonie H. H. H.

Antonie H. H. H.

Inhaltsübersicht

Die Selbstverwaltung der Gemeinden

und das Bundesbaugesetz

	Seite
A. Das Bundesbaugesetz im Spannungsfeld von Bundesgesetzgebung und gemeindlicher Exekutive	1
B. Die gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben nach dem Bundesbaugesetz	7
I. Die Bauleitplanung	7
II. Plansichernde und planvollziehende Massnahmen	11
C. Die einzelnen einschränkenden Regelungen des Bundesbaugesetzes	13
I. Der zwangsweise Zusammenschluss einer Gemeinde mit anderen öffentlichen Planungsträgern zu einem Planungsverband	13
a) § 4 Abs. 2 BBauG und die negative Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG	14
b) § 4 Abs. 2 BBauG und die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	14
1) "Örtliche" Aufgaben des Pflichtverbandes	15
2) Grundsätzliches zum Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung	17
3) Der Eingriff in die verbindliche Bauleitplanung der Gemeinde	19
4) Der Eingriff in die vorbereitende Bauleitplanung der Gemeinde	24
II. Gesetzliche Ermächtigungen des Bundesbaugesetzes zum Erlass von Vorschriften durch die Exekutive, die das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde berühren	25
a) § 124 BBauG und das Erfordernis der gesetzlichen Form nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	29
b) §§ 2 Abs. 10, 46 Abs. 2, 155 BBauG und das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG	31
c) §§ 2 Abs. 10, 46 Abs. 2, 155 BBauG und die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	33

III. Die staatliche Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung nach dem Bundesbaugesetz	37
a) Die Aufsichtsmittel des Bundesbaugesetzes	37
b) Die Zulässigkeit der Genehmigungsvorbehalte	38
c) Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht nach den Regelungen des Bundesbaugesetzes?	40
d) Die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zulässigen Möglichkeiten der Staatsaufsicht	42
1) Entwicklungsgeschichtliche Gesichtspunkte	43
2) Gesichtspunkte für eine ausnahmslos durchgeführte Rechtsaufsicht	45
3) Gesichtspunkte für eine ausnahmsweise zulässige Fachaufsicht	48
e) Die einzelnen Gesetzmässigkeitsmaßstäbe für die Aufsicht	56
1) Der Allgemeine Teil des Bundesbaugesetzes	56
aa) Verfahrensrechtliche Bestimmungen	57
bb) Die Pflicht der Gemeinde, sich den Zielen der Raumordnung und Landesplanung anzupassen (§ 1 Abs. 3 BBauG)	60
cc) Die Planungserfordernisse des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG	68
dd) Das Abwägegebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG	69
2) Besondere Gesetzmässigkeitsmaßstäbe für den Genehmigungsvorbehalt zum Flächennutzungsplan (§ 6 BBauG)	72
3) Besondere Gesetzmässigkeitsmaßstäbe für den Genehmigungsvorbehalt zum Bebauungsplan (§ 11 BBauG) und die Plankontrolle im vereinfachten Planänderungsverfahren (§ 13 BBauG)	73
4) Besondere Gesetzmässigkeitsmaßstäbe für die Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalte zur Veränderungssperre (§§ 16, 17 BBauG)	75
5) Besondere Gesetzmässigkeitsmaßstäbe für die Genehmigungsvorbehalte zu den besonderen Vorkaufsrechten (§§ 25, 26 BBauG)	82

IV. Gemeindliche Bauleitplanung und Fachplanung	88
a) Das Verhältnis der beiden Planungsarten unter der Herrschaft der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	88
b) Die einzelnen Regelungen des Bundesbaugesetzes	91
1) Fachplanungsprogramme als Gegenstand der gemeindlichen Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 3 BBauG	91
2) Die Beteiligung von Fachplanungsträgern bei der Aufstellung von Bauleitplänen	92
3) Die nachträgliche Änderung eines Fachplanes	97
V. Gemeindliche Bauleitplanung und Bauaufsicht	103
a) Grundzüge dieses Verhältnisses nach dem Verfahrensrecht des Bundesbaugesetzes	104
b) Einzelne Verwaltungsverfahren	107
1) Ausnahme nach § 14 Abs. 2 sowie § 31 Abs. 1 und Dispens nach § 31 Abs. 2 BBauG	107
2) Bodenverkehrsgenehmigung nach § 19 und Baugenehmigung nach §§ 33, 34, 35 BBauG	109
c) Die Bindungswirkung des zwischen Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde herzustellenden Einvernehmens	115
VI. Gemeindliche und staatliche Zuständigkeiten im Enteignungs- und in sonstigen Entschädigungsverfahren	121
a) Die Zuständigkeit für die Durchführung des Enteignungsverfahrens nach § 104 BBauG	122
b) Die schiedsrichterliche Funktion in sonstigen Entschädigungsverfahren	125
D. Schlussbetrachtung	126

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Anm.	Anmerkung
ArchöR	Archiv des öffentlichen Rechts, neue Folge
AS	Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Obergerverwaltungsgerichte Rheinland- Pfalz und Saarland
bad.	badisch
Bad. -Württ.	Baden-Württemberg
bay.	bayerisch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBauG	Bundesbaugesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
Diss.	Dissertation
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung

DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
FStrG	Bundesfernstrassengesetz
G	Gesetz
GBL.	Gesetzblatt
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Preussische Gesetzssammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
H	Heft
hess.	hessisch
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
Komm.	Kommentar
LVG	Landesverwaltungsgericht
MABl.	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
MBl.	Ministerialblatt
nieders.	niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nordrh. -westf.	nordrhein-westfälisch
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes, Amtliche Sammlung
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
RaumOrdG	Raumordnungsgesetz
Rdn.	Randnote, Randnummer

RegBl.	Regierungsblatt
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rhld. -pflz.	rheinland-pfälzisch
saarl.	saarländisch
StAnz.	Hessischer Staatsanzeiger
StGH	Staatsgerichtshof
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGH (mit Zahlen- angabe)	Entscheidungen des Bayerischen Ver- fassungsgerichtshofs in Sammlung des Bayerischen Verwaltungs- gerichtshofs neue Folge
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutsch- land, herausgegeben von Ziegler
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Schrifttum

- | | |
|--|--|
| Badura | Rechtssetzung durch Gemeinden,
DÖV 1963, S. 561 ff. |
| Baring | Die kommunale Selbstverwaltung und die
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Der Städtetag, neue Folge, 1952, S. 105 ff. |
| Barion | Die sozialetische Gleichschaltung der
Länder und Gemeinden durch den Bund.
Eine konkretisierte Studie zum Subsidiaritätsprinzip,
Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre,
öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Bd. 3, 1964, S. 1 ff. |
| Barocka | Aufgaben und Befugnisse der Aufsichts-
behörde bei der Genehmigung von Gemeinde-
satzungen,
DVBl. 1963, S. 704 ff. |
| Baumeister | Freiheit und Bindung des Eigentums nach
dem Bundesbaugesetz,
DWW 1961, S. 154 ff. |
| Bayer | Die Bundestreue, Tübinger rechtswissen-
schaftliche Abhandlungen, Bd. 4, Tübingen,
1961. |
| Bielenberg | Die Rechtsnatur der vorbereitenden
städtebaulichen Pläne,
DVBl. 1960, S. 542 ff. |
| Blümel | Das Zusammentreffen von Planfeststellun-
gen, DVBl. 1960, S. 697 ff. |
| Brügelmann
Förster
Grauvogel
Meyer
Pohl
Stahnke | Bundesbaugesetz, Loseblattsammlung
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz,
seit 1960. |
| Dittus-Zinkahn | Kommentar zum Baulandbeschaffungsgesetz,
Berlin-München, 1954. |

- v. Doemming
Füsslein
Matz Die Entstehungsgeschichte der Artikel
des Grundgesetzes,
Jahrbuch des öffentlichen Rechts,
neue Folge, Bd. 1.
- Elleringmann Grundlagen der Kommunalverfassung und
der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe
Verwaltung und Wirtschaft, Heft 18,
Tübingen, 1957.
- Ernst Planungsrecht und Planungspflicht der
Gemeinden,
Mitteilungen der Deutschen Akademie für
Städtebau und Landesplanung, 4. Jahrgang
(1960), Heft 3/4.
- Eyermann
Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
4. Auflage, München und Berlin, 1965.
- Fickert Der Begriff "Einvernehmen" im Bundes-
baugesetz und seine Handhabung im Bau-
genehmigungs- und Rechtsmittelverfahren,
DVBl. 1964, S. 173 ff.
- Geiger Das Bund-Länder-Verhältnis in der Recht-
sprechung des Bundesverfassungsgerichts,
BayVBl. 1957, S. 337 ff.
- Gelzer Echte und unechte Selbstverwaltung,
DVBl. 1958, S. 87 ff.
- ders. Das neue Bauplanungsrecht, Köln, 1964.
- Giese
Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, 6. Auflage, Frankfurt/Main,
1962.
- Gönnerwein Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
Forschungen und Berichte aus dem öffent-
lichen Recht,
München, 1955, S. 511 ff.
- ders. Gemeinderecht, Tübingen, 1963.
- Görg Geschichtliche Entwicklung und gegenwär-
tige Problematik des kommunalen Finanz-
systems, Schriftenreihe der Hochschule
Speyer, Bd. 8, Kommunale Finanzen,
Stuttgart, 1960, S. 7 ff.

- Güldenpfennig Die Handhabung der Staatsaufsicht gegenüber der Bauleitplanung der Gemeinden, DWW 1961, S. 161 ff.
- Hacker Finanzausgleich, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1959, S. 395 ff.
- Halstenberg Die Planung und ihre Sicherung, DÖV 1961, S. 566 ff.
- ders. Landesplanungsrecht und kommunale Planungshoheit, Der Landkreis, 1961, S. 323 ff.
- Hamann Das Grundgesetz, 2. Auflage, Neuwied-Berlin, 1961.
- Haug Behördliche Mitwirkungsakte im Verwaltungsprozess, JuS 1965, S. 134 ff.
- v. Hausen Bundesbaugesetz, Bd. I, 2. Auflage, v. d. Heide München, 1962.
- Heitzer Bundesbaugesetz, 2. Auflage, Oestereicher Berlin, 1965.
- Hering Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren nach dem Bundesbaugesetz, DVBl. 1961, S. 217 ff.
- Hofmann Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 19, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Berlin, 1963, S. 81 ff.
- Holtkotten Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Loseblattsammlung, Hamburg, seit 1950.
- Hoppe Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 1964, S. 165 ff.
- Jensen Baurecht und Städtebau, DÖV 1961, S. 564 ff.

Jesch	Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben, DÖV 1960, S. 739 ff.
Kessler	Der Bund und die Kommunalpolitik, DVBl. 1953, S. 1 ff.
Klein	Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemeinschaftsaufgaben, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 11, Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, Berlin, 1961, S. 125 ff.
Knaup Jugendstau	Bundesbaugesetz mit Kommentar, 2. Auflage Düsseldorf, 1961.
Köttgen	Kommunale Auftragsverwaltung und Grundgesetz, Die Selbstverwaltung 1951, S. 346 ff.
ders.	Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Schriftenreihe des Vereins zur Pflege kommunalwissenschaftlicher Aufgaben e. V. Berlin, Bd. 1, Stuttgart, 1957.
Kraus	Landesplanung und Städtebau in ihrer gegenseitigen Verflechtung und Abhängigkeit, Veröffentlichungen der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Bd. 42, Hannover, 1963.
v. Krauss	Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 44, Hamburg, 1955.
Lerche	Übermass und Verfassungsrecht, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961.
ders.	Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), S. 1 ff.
v. Mangoldt	Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt/Main, 1953.
v. Mangoldt Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Bd. I, Berlin und Frankfurt/Main, 1957.

- | | |
|----------------|---|
| Maunz
Dürig | Grundgesetz, Loseblattsammlung,
München und Berlin, seit 1958. |
| Menger | Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht,
VerwArch. Bd. 50, 1959, S. 387 ff. |
| Meyer | Bauleitplanung, Sicherung der Bauleit-
planung und Regelung der baulichen
Nutzung nach dem Bundesbaugesetz,
DWW 1961, S. 122 ff. |
| ders. | Staat, Gemeinde und Bürger im neuen
Baurecht,
Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Be-
stehen der deutschen Verwaltungsgerichts-
barkeit und zum zehnjährigen Bestehen
des Bundesverwaltungsgerichts, Staats-
bürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe,
1963, S. 229 ff. |
| Fr. -H. Müller | Die Bauleitplanung nach dem Bundesbau-
gesetz,
Der Gemeindetag 1960, S. 218 ff. |
| Kl. Müller | Zur Problematik der Genehmigungsvorbe-
halte im Kommunalrecht,
VerwArch. Bd. 54, 1963, S. 170 ff. |
| Nau | Staatliche Raumordnung und gemeindliche
Selbstverwaltung,
DÖV 1962, S. 533 ff. |
| Niemeier | Regionalplanung und Landesplanungsgesetze
DÖV 1963, S. 803 ff. |
| Ottinger | Kommunalpolitische Aufgaben und Zustän-
digkeiten des Bundes,
Dissertation, Göttingen, 1954. |
| Partsch | Angelegenheiten der örtlichen Gemein-
schaft,
Festschrift für Carl Bilfinger,
Köln und Berlin, 1954, S. 301 ff. |
| Pietzonka | Probleme des Bundesbaugesetzes,
NJW 1961, S. 1425 ff. |

- Redeker
v. Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage,
Stuttgart, 1965.
- Schack Das gesetzliche Vorkaufsrecht,
DVBl. 1961, S. 229 ff.
- Salzwedel Staatliche Genehmigungsvorbehalte
gegenüber der Selbstverwaltung,
Archiv für Kommunalwissenschaften, 1962,
S. 203 ff.
- Schräder Kommunale Sozialpolitik,
Handbuch der kommunalen Wissenschaft
und Praxis, Bd. II, S. 265 ff.
Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1957.
- Schrödter Das Zusammenwirken der Behörden im
Baugenehmigungsverfahren,
DVBl. 1962, S. 743 ff.
- ders. Bundesbaugesetz,
Berlin und Frankfurt/Main, 1964.
- ders. Anmerkung zu den Urteilen des Bundesver-
waltungsgerichtes vom 19. 11. 1965 - IV C
184.65 - und - IV C 133.65,
DVBl. 1966, S. 182 ff.
- Schütz
Frohberg Kommentar zum Bundesbaugesetz, 2. Auflage
Neuwied-Berlin, 1962.
- Schweer Die Pflichtaufgaben nach Weisung nach
der Gemeindeordnung von Nordrhein-West-
falen,
DVBl. 1956, S. 703 ff.
- Schunck
De Clerck Verwaltungsgerichtsordnung,
Siegburg, 1961.
- Sellmann Das Vorkaufsrecht der Gemeinden nach
dem Bundesbaugesetz,
DWW 1960, S. 255 ff.
- Stern Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(Bonner Kommentar), Zweitbearbeitung,
Loseblattsammlung, Hamburg, 1964.
- Stich Einvernehmen und Zustimmung,
DVBl. 1963, S. 193 ff.

- Thieme Selbstverwaltungsgarantie und Gemeindegrösse,
DVBl. 1966, S. 325 ff.
- Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage,
in M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze
des Bundes und der Länder, Bd. I, 2. Halb-
band, Köln-Berlin-München-Bonn, 1962.
- Wambsganz Die Bauleitplanung,
DVBl. 1961, S. 461 ff., 494 ff.
- Weber Staats- und Selbstverwaltung in der
Gegenwart,
Göttinger rechtswissenschaftliche Studien,
Heft 9, Göttingen, 1953.
- ders. Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem,
Schriftenreihe der Hochschule Speyer,
Bd. 19, Aktuelle Probleme der Kommunal-
aufsicht, Berlin 1963, S. 17 ff.
- Wimmer Die verfassungskonforme Neuordnung
kommunaler Verflechtungsräume,
NJW 1964, S. 1654 ff.
- B. Wolff Die Ermächtigung zum Erlass von Rechts-
verordnungen nach dem Grundgesetz,
Archiv des öffentlichen Rechts, neue Folge
Bd. 78 (1952/53), S. 194 ff.
- J. Wolff Bundesbaugesetz,
Stuttgart, 1960.
- Zinkahn Bundesbaugesetz, Loseblattsammlung,
Bielenberg München und Berlin, seit 1965.

Die Selbstverwaltung der Gemeinden

=====

und das Bundesbaugesetz

=====

A. Das Bundesbaugesetz im Spannungsfeld von Bundesgesetzgebung und gemeindlicher Exekutive

Das Bundesbaugesetz ist Recht, das die Gesetzgebungsorgane des Bundes geschaffen haben. Die Länder führen dieses Bundesgesetz als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 GG). Neben den Behörden der Länder werden die Gemeinden als Exekutive tätig; so haben die Gemeinden z. B. Bauleitpläne aufzustellen (§ 2 Abs. 1 des Bundesbaugesetzes ¹⁾), während höhere Verwaltungsbehörden die Planungsaufsicht ausüben (vgl. §§ 6, 11) und Enteignungsverfahren durchführen (vgl. § 104 Abs. 1). Wie noch zu zeigen sein wird, hat das BBauG der gemeindlichen Selbstverwaltung zahlreiche Aufgaben zugewiesen. Die Gemeinde tritt dabei als "Träger des Gesetzesvollzugs im örtlichen Bereich" ²⁾ in Erscheinung. Grundsätzlich ist der Bundesgesetzgeber nicht befugt, den Gemeinden Aufgaben zu übertragen und die entsprechenden Verwaltungsverfahren zu regeln. Das ist Sache der Landesgesetzgebung. Der Bundesgesetzgeber darf die Gemeinden an der Ausführung von Gesetzen nur beteiligen, soweit ihm eine spezielle Gesetzgebungskompetenz zu-

1) In den folgenden Ausführungen sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des Bundesbaugesetzes. Soweit der Ausdruck "Bundesbaugesetz" allein stehend im Text erscheint, wird die Abkürzung "BBauG" verwendet.

2) Diesen Ausdruck verwendet Kessler, DVBl. 53/3.

steht ³⁾. Diese Voraussetzung ist für das BBauG gegeben; der Bund ist zuständig, Rechtsvorschriften über die städtebauliche Planung, die Baulandumlegung, die Zusammenlegung von Grundstücken, den Bodenverkehr, die Erschliessung sowie die Bodenbewertung, soweit sie sich auf diese Gebiete bezieht, zu erlassen ⁴⁾. Das BBauG umfasst diese Materien.

Eine andere Frage ist, ob der Bundesgesetzgeber die im Bundesbaugesetz enthaltenen Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften erlassen durfte. Führen die Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, so kann nach Art. 84 Abs. 1 GG ein Zustimmungsgesetz des Bundes die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln. Will der Bund entsprechende organisatorische Vorschriften für den Bereich kommunaler Behörden erlassen, so gilt im Hinblick auf die ausschließliche Landeskompetenz für das Sachgebiet des Kommunalrechts eine Einschränkung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Bund im Rahmen seiner materiellen Gesetzgebungskompetenz befugt, die in Art. 84 Abs. 1 GG vorgesehenen Regelungen zu treffen, "sofern dies für die Gewährleistung eines wirksamen Gesetzesvollzugs notwendig ist" ⁵⁾. Eine Prüfung, ob alle einschlägigen Vorschriften des Bundesbaugesetzes insoweit verfassungsgemäß sind, erforderte eine gesonderte umfangreiche Untersuchung. Zu diesem Fragenkreis sei jedoch folgendes angemerkt: Es ist nicht zu beanstanden, dass der Bundesgesetzgeber überhaupt Zuständigkeiten und, soweit geschehen, Verwaltungsverfahren für die Aufstellung von Bauleitplänen, für planvorbereitende und planvollziehende Maßnahmen geregelt hat. Darüber hinaus stellt sich

3) Vgl. BVerfGE 1/167 (176).

4) Vgl. das Rechtsgutachten des BVerfG in BVerfGE 3/407 ff.

5) BVerfGE 22/180 (181).

die grundsätzliche Frage, ob die Bauleitplanung durch § 2 Abs. 1 zur Selbstverwaltungsangelegenheit erklärt werden durfte ⁶⁾. Auch eine derartige Bestimmung bedarf des genannten Rechtfertigungsgrundes ⁷⁾. Er ist für § 2 Abs. 1 gegeben. Die Bauleitplanung, auch die vorbereitende, wird maßgebend von den örtlichen Gegebenheiten des Gemeindegebietes beeinflusst. Angesichts dieser Sachlage besteht ein ausgeprägtes Eigeninteresse der Gemeinde an der Durchführung der beiden Aufgaben. Dem entspricht die im Selbstverwaltungsbereich gegebene Eigenverantwortlichkeit. Eine als Auftragsangelegenheit oder als Pflichtaufgabe nach Weisung wahrzunehmende Bauleitplanung würde dieser Interessenlage weniger gerecht; die mit einer solchen Regelung verbundene unbeschränkte bzw. beschränkte Fachaufsicht würde die notwendige Entschlußfreudigkeit der Gemeinde beeinträchtigen. Nun könnte die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 GG mit folgender Begründung in Zweifel gezogen werden: Der Landesgesetzgeber sei nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG seinerseits verpflichtet, die Bauleitplanung den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit zuzuweisen. Besitze er aber insoweit keine gesetzgeberische Freiheit, so könne er auch nicht die für den Vollzug des materiellen Bundesrechts weniger geeignete Form der Auftragsangelegenheit oder Pflichtaufgabe nach Weisung wählen. Sei davon auszugehen, so könne die bundesgesetzliche Regelung des § 2 Abs. 1 einen wirksamen Gesetzesvollzug nicht fördern. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, daß eine Pflicht zur Zuweisung als Selbstverwaltungsaufgabe lediglich für die verbindliche städtebauliche Planung anzuerkennen ist ⁸⁾. § 2 Abs. 1 bezieht jedoch auch die vorbereitende Planung ein. Beide Planungsarten hängen sachlich eng zusammen. Eine einheitliche

6) Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 7 ff.

7) BVerfG, a. a. O., S. 210.

8) Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 19 ff.

bundesgesetzliche Regelung kann zur wirksamen Ausführung des materiellen Rechts beitragen. Bis zum Erlaß des Bundesbaugesetzes bestand nämlich Unsicherheit darüber, ob die vorbereitende städtebauliche Planung dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinde zuzurechnen war, während die verbindliche Planung als Selbstverwaltungsaufgabe galt ⁹⁾.

Das Bundesbaugesetz bestätigt, dass zwischen Bund und Gemeinden in folgender Weise unmittelbare rechtliche Beziehungen bestehen. Der Bund stellt durch seine Gesetzgebungsorgane ein für die Exekutive verbindliches Programm auf. Der vom Gesetzgeber erteilte Auftrag ist von den Gemeinden auszuführen, soweit er sich an sie richtet. Das zwischen Bund und Gemeinden bestehende Rechtsverhältnis hat im Grundgesetz nur unvollkommen Ausdruck gefunden. Das Grundgesetz betont das föderalistische Prinzip; es geht von einem zweistufigen Staatsaufbau Bund-Länder aus und betrachtet die Gemeinden als Teile der Länder, nicht aber als dem Bund selbständig gegenüber tretende Glieder des Gesamtstaates ¹⁰⁾. Diese Struktur liess auch das verfassungsändernde Gesetz vom 24. 12. 1956 ¹¹⁾, das die Stellung der Gemeinden innerhalb der Finanzverfassung verbesserte ¹²⁾, unangetastet ¹³⁾. Art. 106 GG n. F. sichert in Abs. 6 den Gemeinden verfassungskräftig ein bestimmtes Steueraufkommen und gewährt ihnen in Abs. 7 einen Ausgleichsanspruch für bestimmte vom Bund veranlasste Sonderbelastungen.

9) Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 7 ff.; in BVerfG, a. a. O., S. 210, wird auch auf die bisherige Gesetzgebungspraxis abgestellt.

10) Hamann, Komm. z. GG, Anm. A 2 zu Art. 28; Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Rdn. 23 zu Art. 28.

11) BGBl. I S. 1077.

12) Vgl. Art. 106 a. F., BGBl. 49 I S. 1, sowie Art. 106 n. F., ferner Görg, Kommunale Finanzen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 8, S. 7.

13) Hacker, Hdbch. d. kommunalen Wissenschaft u. Praxis, Bd. III, S. 412.

Immerhin kann diese Verfassungsänderung mittelbar als Ausdruck dafür gewertet werden, dass unmittelbare rechtliche Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden bestehen. Die Verbesserung beruht auch auf der Erkenntnis, dass die Gemeinden bei der Ausführung von Bundesgesetzen erheblichen finanziellen Belastungen unterworfen sind¹⁴⁾.

Der Bundesgesetzgeber weist den Gemeinden nicht nur Aufgaben zur eigenverantwortlichen Erfüllung zu, er regelt auch die Überwachung des Gesetzesvollzugs. Er will damit sicherstellen, dass die in rechtlicher Selbständigkeit handelnde Gemeinde den gesetzlichen Auftrag nicht fehlerhaft ausführt und dadurch Rechte des Bürgers sowie Interessen des übergeordneten Staatsverbandes beeinträchtigt. Unter dieser Zielsetzung schaltet der Bundesgesetzgeber staatliche Behörden ein, denen er entsprechende Aufsichtsbefugnisse verleiht. Diese Kontrolle schränkt die mit dem Gesetzesvollzug betraute Selbstverwaltung ein. Damit rückt das zwischen Bundesgesetzgeber und Gemeinde bestehende Rechtsverhältnis in den Wirkungsbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Diese Rechtsnorm verbürgt das Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung verfassungskräftig. Sie schützt die Gemeinde, die bei der Ausführung von Gesetzen in einen Interessengegensatz gerät. Die Gemeinde sieht sich als "Träger des Gesetzesvollzugs im örtlichen Bereich" in folgende Lage versetzt: Der Gesetzgeber erstrebt eine möglichst einheitliche Ausführung des von ihm entworfenen Programms¹⁵⁾. Zahlreiche die Gemeindeverwaltung bindende Rahmenvorschriften sowie weitreichende Befugnisse der

14) Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Gemeinden nehmen an: Kessler, a. a. O.; Klein, Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, Bd. 11 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 1961, S. 153; Köttgen, "Die Selbstverwaltung", 1951/347; Ottinger, Kommunalpolitische Aufgaben und Zuständigkeiten des Bundes, Diss. Göttingen, 1954, S. 42, 46.

15) Diese Erkenntnis liegt der von Köttgen getroffenen Feststellung zugrunde, dass im Bereich des Gesetzesvollzuges "eine fortschreitende Schrumpfung der Ermessensspielräume" wahrzunehmen sei, so dass die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer "anscheinend schrankenlosen Intensivierung diese(r) "Gesetzmässigkeit" der Gemeindeverwaltung aufzuwerfen ist, vgl. Köttgen, Die Gemeinde u. d. Bundesgesetzgeber, S. 70.

Aufsichtsbehörden dienen ihm dazu als Mittel. Die vollkommene Verwirklichung dieses gesetzgeberischen Interesses würde dazu führen, dass ein völlig einheitlicher Gesetzesvollzug das Bild der Selbstverwaltung in den verschiedenen Gemeinden uniform gestaltet. Diese Tendenz widerspricht dem Bemühen jeder gemeindlichen Selbstverwaltung; unter dem Schutz ihrer rechtlichen Selbständigkeit strebt die Gemeinde danach, eine ihr übertragene Aufgabe individuell nach den örtlichen Gegebenheiten ihres Gebietes auszuführen ¹⁶⁾. Hierzu benötigt sie die möglichst stark gegenüber staatlichen Interventionen abgesicherte Freiheit, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach eigenem Ermessen gestalten zu dürfen. Diese Freiheit wird - wenn auch nicht uneingeschränkt - durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt ¹⁷⁾. Bemüht sich die Gemeinde um eine den Eigenheiten ihres örtlichen Bereichs angepasste Erfüllung gesetzlicher Aufgaben, so wirkt sie damit der Forderung nach einem einheitlichen Gesetzesvollzug im gesamten Staatsgebiet entgegen.

In dieses Spannungsverhältnis ist auch das Bundesbaugesetz gestellt. Die Forderung nach einer neuzeitlichen städtebaulichen Ordnung des Bundesgebietes wird von dem Gedanken der grossräumigen Planung beherrscht. Diese Planung will gemeindliche Planungen in ihr Gefüge einordnen und möglichst weitgehend nach überörtlichen Gesichtspunkten ausrichten. Andererseits bildet gerade die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung ein Betätigungsfeld, auf dem die Gemeinden die örtliche Eigenart ihres Gebietes in besonderem Masse zum Ausdruck bringen können. Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wird also angesprochen. Es fragt sich, ob im BBauG das Interesse des Bundes an einem einheitlichen Gesetzesvollzug und das Individualinteresse der Gemeinden in zulässiger Weise abgegrenzt sind.

16) Vgl. auch Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 41, der zutreffend den Begriff der "Gemeindeindividualität" mit der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde in Verbindung bringt.

17) Gönnerwein, a. a. O.

Ferner wird die genannte Verfassungsnorm in ihrer Schutzfunktion bedeutsam, wenn der Gesetzgeber neben der Gemeinde andere Verwaltungsträger mit der Erledigung von gesetzesvollziehenden Aufgaben betraut. Schlägt der Gesetzgeber diesen Weg ein, so kann er das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde dadurch verletzen, dass er ihr eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft entzieht. Die Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG erstreckt sich nämlich auch auf den Aufgabenbereich der Gemeinde ¹⁸⁾.

Die nun folgende Untersuchung hat von der dargestellten Ausgangslage auszugehen. Zu betrachten sind diejenigen Normen des BBauG, die das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht berühren. Hierbei ist zunächst darzustellen, welche Angelegenheiten das BBauG den Gemeinden zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen hat.

B. Die gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben nach dem Bundesbaugesetz

I. Das BBauG hat den Gemeinden einen grossen Teil der in diesem Gesetz vorgesehenen Aufgaben zugewiesen. Gemäss § 2 Abs. 1 haben die Gemeinden Bauleitpläne in eigener Verantwortung aufzustellen, sobald und soweit es erforderlich ist. Diese Pläne sind das zentrale Verwaltungsmittel für die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung (§ 1 Abs. 1). Das Gesetz stellt zwei Plantypen zur Verfügung, nämlich den Flächennutzungsplan als vorbereitenden Bauleitplan (§ 5) sowie den Bebauungsplan als verbindlichen Bauleitplan (§§ 8, 9). Es hat den Gemeinden in § 2 Abs. 1 die Planungshoheit für die örtliche Planung zuerkannt. § 2 Abs. 1 übernimmt die in Art. 28 Abs. 2 S. 1 verwendete Formulierung "in eigener Verantwortung", diese Vorschrift kennzeichnet die gemeindliche Bauleitplanung eindeutig als

18) BVerwGE 6/19 (22) und im Anschluss daran OVG Lüneburg, OVG 15/485 (489); Gönnenwein, a. a. O., S. 31; Hamann, a. a. O., Anm. B5 zu Art. 28; ferner Maunz/Dürig, a. a. O., Rdn. 30 zu Art. 28.

Selbstverwaltungsangelegenheit¹⁹⁾. Damit stellt das BBauG den Selbstverwaltungscharakter schärfer als die bisherigen Aufbaugesetze der Länder²⁰⁾ heraus.

Die Bauleitplanung ist grundsätzlich in zwei Abschnitten durchzuführen. Die Gemeinde hat für ihr Gebiet einen Flächennutzungsplan aufzustellen, in dem die beabsichtigte Art der Bodennutzung nach

-
- 19) Vgl. Grauvogel in Brügelmann u. a., Komm. z. BBauG, Anm. I 1 zu § 2; Zinkahn/Bielenberg, Komm. z. BBauG, Rdn. 3 zu § 2.
- 20) Vgl. hierzu die entsprechenden Vorschriften der Aufbaugesetze:
- a) § 2 bad. AufbauG v. 25. 11. 49 (GVBl. 50 S. 29):
Die Gemeinde ist kraft ihres Selbstverwaltungsrechtes berechtigt und nach Massgabe dieses Gesetzes verpflichtet, innerhalb ihres Bereichs den Aufbau zu planen und die Massnahmen zu seiner Durchführung zu treffen.
 - b) § 1 Abs. 1 hess. AufbauG v. 25. 10. 48 (GVBl. S. 139):
Die Planung sowie die Ordnung des Grund und Bodens und der Bebauung in den Städten und Dörfern des Landes Hessen ist Selbstverwaltungsaufgabe der Stadt- und Landkreise.
 - c) § 2 Abs. 1 nieders. AufbauG v. 9. 5. 49 i. d. F. v. 17. 5. 55 (GVBl. S. 195) und v. 20. 12. 57 (GVBl. S. 135):
Die Gemeinde ist im Rahmen der Selbstverwaltung verpflichtet, den Aufbau zu planen, vorzubereiten und zu fördern.
 - d) § 2 Abs. 1 nordrh. -westf. AufbauG v. 29. 4. 50 i. d. F. v. 29. 4. 52 (GVBl. S. 75):
Die Gemeinde bereitet nach Massgabe dieses Gesetzes den erforderlichen Aufbau als Selbstverwaltungsaufgabe vor und trifft in ihrem sachlichen Aufgabenbereich die notwendigen Massnahmen zu seiner Durchführung.
 - e) § 2 rhld. -pfälz. AufbauG v. 1. 8. 49 (GVBl. S. 317):
Die nach Massgabe dieses Gesetzes den Gemeinden obliegenden Aufgaben sind Angelegenheiten der Selbstverwaltung. Die Gemeinden sind im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, den Aufbau zu planen und in ihrem Aufgabenbereich die Massnahmen zu seiner Durchführung zu treffen.
 - f) § 2 Abs. 1 S. 1 schl. -holst. AufbauG v. 21. 5. 49 (GVBl. S. 93):
Die Gemeinde ist im Rahmen ihrer Selbstverwaltung verpflichtet, den Aufbau zu planen und in ihrem Aufgabenbereich Massnahmen zu seiner Durchführung zu treffen.
 - g) § 1 Abs. 2 württ. -bad. AufbauG v. 18. 8. 48 (RegBl. S. 127):
Planung, Vorbereitung und Förderung des Aufbaus ist Aufgabe der Gemeinden.

Die entsprechenden Gesetze der Stadtstaaten Berlin und Hamburg bleiben ausser Betracht, da im Bereich der Stadtstaaten die auf S. 6 f. skizzierten Probleme nicht auftauchen.

den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen darzustellen ist (§ 5 Abs. 1). Aus diesem Plan sind die Bauungspläne zu entwickeln, in denen rechtsverbindliche Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung getroffen werden (§ 8). Der Gesetzgeber hat die Aufstellung vorbereitender und verbindlicher Pläne zur Selbstverwaltungsangelegenheit erklärt (§ 2 Abs. 1 i. Verb. mit § 1 Abs. 2). Soweit es sich um den letztgenannten Planotyp handelt, ändert das Bundesbaugesetz den bisherigen Rechtszustand in den meisten Ländern nicht ²¹⁾. Lediglich für Bayern und Hessen schafft das Gesetz eine Neuerung, für Bayern allerdings nur insofern, als es das Recht der städtebaulichen Planung erstmalig kodifiziert ²²⁾. Eine Norm, die entsprechend den Aufbaugesetzen anderer Länder die städtebauliche Planung zur Selbstverwaltungsangelegenheit erklärte, bestand bei dem Inkrafttreten des BBauG nicht. Daraus ergibt sich jedoch keine unterschiedliche Beurteilung. Art. 83 Abs. 1 der bay. Verfassung rechnet die "Ortsplanung" ausdrücklich dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinde zu. Unter dieses Sachgebiet fällt die Aufstellung von Plänen, welche die Grundstücksnutzung verbindlich regeln. Für das Land Hessen bringt das neue Recht insofern eine Änderung, als nunmehr neben den kreisfreien Städten auch die kreisangehörigen Gemeinden Träger der Bauleitplanung werden ²³⁾. An dem bisherigen Rechtszustand, nach dem die verbindliche städtebauliche Planung Selbstverwaltungsangelegenheit war, hat sich jedoch auch hier nichts geändert ²⁴⁾. Es lässt sich daher feststellen, dass die vom BBauG als "verbindliche Bauleitplanung" bezeichnete Aufgabe nach der überkommenen Rechtsentwicklung in den Kreis der Angelegenheiten gehört, die von der Gemeinde in eigener Verantwortung zu erledigen sind.

21) Vgl. aus der Rechtsprechung VGH Bad.-Württ., ESVGH 8/60 (61); 175 (178) für verbindliche Pläne nach dem Ortsstrassen-gesetz ; Bad.-Württ. StGH, DVBl. 56/522 ff. für "Bebauungs-pläne" nach dem württ.-bad. AufbauG.

22) Vgl. Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Einleitung, Rdn. 35.

23) Siehe Fussn. 20 unter b).

24) Vgl. § 1 hess. AufbauG unter Fussn. 20 b).

Anders verhält es sich mit der "vorbereitenden Bauleitplanung". Hier hat das BBauG den bisher schwebenden Streit über die Zuordnung dieser Aufgabe dahin entschieden, dass es die vorbereitende Planung eindeutig der örtlichen Planungshoheit der Gemeinde unterstellt (§ 2 Abs. 1 i. Verb. mit § 1 Abs. 2). Der Selbstverwaltungscharakter dieser Angelegenheit war in Zweifel gezogen worden, weil in den vorbereitenden Plan in starkem Masse übergemeindliche Gesichtspunkte einfließen. Dieser Plan bildet die Nahtstelle zwischen der übergeordneten Landesplanung und der örtlichen, verbindlichen Bauleitplanung. Einerseits ist er Grundlage der aus ihm zu entwickelnden Bebauungspläne; in ihm legt die Gemeinde in grossen Zügen fest, in welchen Bahnen sich die Bebauung ihres Gebietes bewegen soll. Er stellt daher "eine Grundsatzentscheidung der Gemeinde über die beabsichtigte Entwicklung des städtebaulichen Aufbaues der Gemeinde" dar ²⁵⁾. Andererseits ist der vorbereitende Bauleitplan das bevorzugte Mittel, mit dem die Landesplanung die von ihr aufgestellten Richtlinien im Bereich der örtlichen Planung zur Geltung bringt. Die vor dem Erlass des BBauG geltenden Aufbaugesetze der Länder sahen vor, dass im vorbereitenden Plan die Erfordernisse der Siedlung, der Land- und Forstwirtschaft, des Verkehrs, der Wasserwirtschaft u. a. mehr darzustellen sind (vgl. § 6 Abs. 1 bad. AufbauG, §§ 3, 4 hess. AufbauG, § 6 nieders. AufbauG, § 6 nordrh. -westf. AufbauG, §§ 4, 6 rhld. -pflz. AufbauG, § 6 schl. -holst. AufbauG, § 4 württ. -bad. AufbauG). Diese Gesichtspunkte fanden ebenfalls in den von Trägern der Landesplanung aufzustellenden Raumordnungsplänen ihren Niederschlag, wie sich aus den im Geltungszeitraum der Aufbaugesetze erlassenen Landesplanungsgesetzen ergibt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Nr. 1, Art. 11 bay. Landesplanungsg ²⁶⁾ §§ 1, 3 nordrh. -westf. Landesplanungsg A. F. ²⁷⁾).

25) So das OVG Münster, OVGE 14, 60 (67) für den "Leitplan" nach dem nordrh. -westf. AufbauG.

26) G v. 21. 12. 57, GVBl. S. 323.

27) G v. 11. 3. 50, GVBl. S. 41.

Entsprechendes galt, soweit die Landesplanung nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhte²⁸⁾. Die in den Aufbaugesetzen enthaltenen Genehmigungsvorbehalte dienten dem Zweck, die Vorstellungen der Landesplanung gerade im Bereich der vorbereitenden städtebaulichen Planung, d.h. bei der Aufstellung von "Leitplänen" usw. zur Geltung zu bringen. Mit denselben grundsätzlichen Erwägungen begründete das Bundesverwaltungsgericht im sog. "Krabbenkamp"-Urteil seine Bedenken, die Aufstellung von (vorbereitenden) "Aufbauplänen" nach dem schl. -holst. AufbauG den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuzuordnen²⁹⁾. Der Gesetzgeber des BBauG hat nunmehr das örtliche Element des vorbereitenden Planes als ausschlaggebend angesehen³⁰⁾. Für die Entscheidung lässt sich immerhin anführen, dass "die räumliche Gestaltung des Ortes eine der vornehmsten Aufgaben der in der kommunalen Selbstverwaltung repräsentierten örtlichen Gemeinschaft"³¹⁾ ist und diese Gestaltung schon im Stadium der vorbereitenden Planung beginnt. Zwingend ist diese Erwägung nach dem Gesagten jedoch nicht. Es handelt sich vielmehr hier um eine kommunalpolitische Entscheidung des Gesetzgebers³⁰⁾. Jensen begrüsst die in § 2 Abs. 1 getroffene Regelung, weil für die Gemeinde so "der beste Schutz gegen die Gefahr einer dirigistischen Planung von oben her gegeben" sei³²⁾.

II. Das BBauG enthält ferner Vorschriften über Massnahmen, die der Sicherung und dem Vollzug der Bauleitplanung dienen. Es regelt die Veränderungssperre (§§ 14, 16 ff), die Zurückstellung von Baugesuchen (§ 15), die Bodenverkehrsgenehmigung (§§ 19 ff.), das Vorkaufsrecht (§§ 24 ff.), die Baugenehmigung (§§ 29 ff.), die Umlegung (§§ 45 ff.), die Grenzregelung (§§ 80 ff.), die Enteignung (§§ 85 ff.), die Erschliessung (§§ 123 ff.) sowie

28) Vgl. z.B. § 3 der Landesverfügung über Zusammenfassung aller Aufbauplanungen im Lande Rheinland-Pfalz v. 10. 6. 47, GVBl. S. 305.

29) BVerwGE 6/342 (344 f.).

30) Hering, DVBl. 61/218.

31) So Meyer, DWW 61/122.

32) Jensen, DÖV 61/565.

die Ermittlung von Grundstückswerten (§§ 136 ff.). Die Durchführung plansichernder oder planvollziehender Massnahmen ist grundsätzlich Sache der gemeindlichen Selbstverwaltung. Das BBauG hat diese Kompetenzregelung nur zum Teil klar zum Ausdruck gebracht, nämlich nur für die Umlegung (§ 46 Abs. 1) und für die Erschliessung (§ 123 Abs. 1). Im übrigen wird gesagt, dass die Gemeinde zu bestimmten Massnahmen befugt ist, ohne dass deren Selbstverwaltungscharakter hervorgehoben wird (vgl. die Regelungen in den §§ 14 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 80 Abs. 1). Gleichwohl ist nicht zweifelhaft, dass auch diese Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen sind. Das folgt aus dem Sachzusammenhang zur Planaufstellungskompetenz (§ 2 Abs. 1)³³⁾. Besässe die Gemeinde nicht grundsätzlich die Zuständigkeit für plansichernde und planvollziehende Massnahmen, so wäre die ihr so eindeutig in § 2 Abs. 1 zugesprochene Planungs-
hoheit Stückwerk.

Etwas anderes gilt, soweit das BBauG Ausnahmen statuiert. So hat die höhere Verwaltungsbehörde das Enteignungsverfahren durchzuführen (§ 104 Abs. 1). Ferner ist die Ermittlung von Grundstückswerten selbständigen Gutachterausschüssen übertragen, die bei den kreisfreien Städten und den Landkreisen gebildet werden (§ 137 Abs. 1).

Soweit die Gemeinde als Baugenehmigungsbehörde handelt, nimmt sie nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des BBauG keine Selbstverwaltungsangelegenheiten wahr³⁴⁾. Dieser hat an das überkommene Landesrecht angeknüpft, das die Aufgaben der Bauaufsicht als staatliche Angelegenheiten betrachtet. Im Falle ihrer Zuständigkeit werden die Gemeinden im übertragenen Wirkungskreis tätig³⁴⁾. Angesichts des engen Sachzusammenhanges und der Wechselwirkung zwischen Bauleitplanung und Bauaufsicht³⁵⁾

33) Ernst, Planungsrecht und Planungspflicht der Gemeinden, Mitteilungen der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung, 4. Jahrgg. (1960) II. 3/4, S. 12 f.; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 7 zu § 2.

34) Wambsganz, DVBl. 61/465.

35) Wambsganz, a. a. O., S. 464 f.

hätte eine Neuordnung des Baupolizeirechts in dem Sinne nahe-
gelegen, dass die bisher staatlichen Aufgaben in gemeindliche
umgewandelt worden wären. Hierzu war der Gesetzgeber des
Bundesbaugesetzes jedoch mangels einer entsprechenden Kom-
petenz nicht in der Lage ³⁶⁾.

Nachdem der Aufgabenbereich der gemeindlichen Selbstverwal-
tung nach dem BBauG abgesteckt ist, sollen in den folgenden
Abschnitten die einschränkenden Regelungen des BBauG erörtert
werden.

C. Die einzelnen einschränkenden Regelungen des Bundes-
baugesetzes

I. Der zwangsweise Zusammenschluss einer Gemeinde mit ande-
ren öffentlichen Planungsträgern zu einem Planungsverband

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 können sich Gemeinden und sonstige öffent-
liche Planungsträger zu einem Planungsverband zusammenschliessen,
um durch gemeinsame zusammengefasste Bauleitplanung den Aus-
gleich der verschiedenen Belange zu erreichen. Kommt ein der-
artiger Zusammenschluss nicht zustande, so können die Beteiligten
gemäss § 4 Abs. 2 Satz 1 auf Antrag eines Planungsträgers zu
einem Planungsverband zusammengeschlossen werden, wenn dies
zum Wohle der Allgemeinheit, insbesondere aus Gründen der
Raumordnung, dringend geboten ist. Über den Antrag entscheidet
die Landesregierung (§ 4 Abs. 2 Satz 2). Sind Planungsträger ver-
schiedener Länder, der Bund oder eine bundesunmittelbare Kör-
perschaft oder Anstalt beteiligt, so erfolgt der Zusammenschluss
durch eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Regierungen nach
Massgabe des § 4 Abs. 2 Satz 3 und 4. Die Vorschrift des § 4 Abs. 2
Satz 1 ermächtigt zu einem einschneidenden Eingriff in die Planungs-
hoheit der Gemeinden. Der zwangsweise geschaffene Planungsver-
band kann durch Satzung die ausschliessliche Befugnis erhalten,

36) Wambsganz, a. a. O., unter Hinweis auf das Gutachten des
BVerfG in BVerfGE 3/407 ff.

vorbereitende und verbindliche Bauleitpläne aufzustellen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 i. Verb. mit § 4 Abs. 1 Satz 2). Einigen sich die Beteiligten über die Satzung nicht, so setzt die Landesregierung die Satzung fest (§ 4 Abs. 3 Satz 2). Damit verliert die beteiligte Gemeinde die Befugnis, die städtebauliche Entwicklung ihres Gebietes allein in eigener Verantwortung (§ 2 Abs. 1) zu ordnen. Sie hat für die Dauer des Zusammenschlusses nur noch die Möglichkeit, als Verbandsmitglied an der Planung mitzuwirken. Entsprechendes gilt für die Durchführung der Bauleitplanung (§ 4 Abs. 1 Satz 2). Darüber hinaus besitzt der Verband ohne satzungsmässige Grundlage³⁷⁾ die Befugnis, bodenordnende Massnahmen der Umlegung und Grenzregelung durchzuführen (§ 4 Abs. 4) sowie die Enteignung zu beantragen (§ 4 Abs. 5). Diese weitreichenden Regelungen legen es nahe, die Frage nach der Verfassungsmässigkeit dieser zwangsweisen Verbandsbildung zu stellen.

a) § 4 Abs. 2 Satz 1 kann nicht mit Erfolg unter Hinweis auf die negative Vereinigungsfreiheit angefochten werden. Art. 9 Abs. 1 GG stellt zwar diese Freiheit unter verfassungsrechtlichen Schutz³⁸⁾, schützt jedoch lediglich vor einer zwangsweisen Eingliederung in privatrechtliche Vereinigungen³⁹⁾. Diese Verfassungsnorm wird schon deshalb nicht berührt, weil hier der Zusammenschluss zu einem öffentlich-rechtlichen Verband⁴⁰⁾ in Frage steht⁴¹⁾.

b) Im Mittelpunkt der Erörterung steht die Prüfung, ob § 4 Abs. 2 Satz 1 mit der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie vereinbar ist. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Gemeinden das Recht

37) Schütz/Frohberg, Komm. z. BBauG, Anm. 3 zu § 4; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 20, 21.

38) BVerfGE 10/89 (102); OVG Münster, OVGE 14/276 (292); OVG Koblenz, AS 7/124 (128); Hamann, a. a. O., Anm. 4 a zu Art. 9; v. Mangoldt/Klein, a. a. O., S. 321 f.

39) Vgl. die Rechtsprechung in Fussn. 38 sowie Hamann, a. a. O., Anm. 4 b zu Art. 9; v. Mangoldt/Klein, a. a. O., S. 322.

40) Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. III 2 zu § 4; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 27 zu § 4.

41) Darüber hinaus ist es zweifelhaft, ob sich die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts überhaupt auf Grundrechte berufen kann, vgl. zum Meinungsstreit die Nachweise bei Hamann, a. a. O., Anm. B 9 zu Art. 19.

gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.

1) Hier ist zunächst zu untersuchen, ob eine Verletzung dieses Rechts schon mit der Begründung zu verneinen ist, die vom Planungsverband wahrzunehmende "gemeinsame zusammengefasste" Bauleitplanung sei keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Der örtliche Charakter einer derartigen Planung lässt sich nämlich in Zweifel ziehen. Sie ist auf den Ausgleich der verschiedenen Belange der beteiligten Planungsträger gerichtet (§ 4 Abs. 1 Satz 1), setzt demnach eine Interessendivergenz voraus. Diese Divergenz hat ihre Ursache in einer "Verflechtung" der Interessen der beteiligten Planungsträger, die vor allem im Verhältnis benachbarter Gemeinden auftritt. Eine derartige "Verflechtung" ist zu beobachten, wenn von bestimmten Einrichtungen einer Gemeinde Wirkungen ausgehen, die über ihr Gebiet hinausreichen. Das gilt z. B. für die Herstellung von Verkehrsverbindungen, ferner für die Ausweisung von gewerblich nutzbaren Flächen in der Nähe anliegender Wohngemeinden. Ansatzpunkt für die Annahme einer überörtlichen Aufgabe wäre demnach das Vorhandensein überörtlicher Wirkungen. Dieser Umstand kann jedoch keine massgebende Bedeutung beanspruchen. Andernfalls wäre die gemeindliche Selbstverwaltung trotz der geschützten Allzuständigkeit in weitem Umfange staatlichen Eingriffen zugänglich, da die Erledigung einer Vielzahl von Gemeindeaufgaben das Geschehen jenseits des betroffenen Gemeindegebietes beeinflusst. Die Abwehrfunktion der verfassungsrechtlichen Garantie wäre damit zum wesentlichen Teil gegenstandslos⁴²⁾. Ist das Vorhandensein überörtlicher Wirkungen für die vorzunehmende Beurteilung unerheblich, so könnte trotzdem eine überörtliche Aufgabe vorliegen, wenn der Interessengegensatz eine bestimmte Intensität erreicht und dieser Umstand rechtlich bedeutsam ist. Letzteres muss jedoch verneint werden. Der Intensitätsgrad einer Interessendivergenz zwischen verschiedenen Planungsträgern

42) Ebenso Gönnerwein, *Gemeinderecht*, S. 35; Wimmer, *NJW* 64/1656.

lässt sich nicht exakt feststellen, so dass eine hinreichend bestimmte Abgrenzung der örtlichen von den überörtlichen Angelegenheiten unter diesem Merkmal nicht möglich ist. Dieser Mangel würde zu Lasten der gemeindlichen Selbstverwaltung gehen, deren Schutz nur durch eine klare Kontur der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG normierten Garantie gesichert ist. Dem vom Grundgesetz nachdrücklich betonten Selbstverwaltungsgedanken⁴³⁾ entspricht ein Abgrenzungskriterium, das eine möglichst weitgehende Wirksamkeit der Garantie gewährleistet. Zutreffend stellt das BVerfG als Wesensmerkmal der örtlichen Angelegenheiten heraus, dass sie "in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben"⁴⁴⁾. Der spezifische Bezug ist jedenfalls bei der gemeinsamen zusammengefassten verbindlichen Bauleitplanung gegeben. Dass die Aufstellung von Bebauungsplänen Sache der örtlichen Gemeinschaft ist, wurde schon dargelegt⁴⁵⁾. Die Ortsbezogenheit verliert die verbindliche Planung nicht dadurch, dass sie von einem Planungsverband getragen wird. Auch hier behält sie die Funktion, das städtebauliche Profil des Gemeindegebietes zu gestalten⁴⁶⁾. Nach Auffassung des BVerfG ist weiterhin Voraussetzung, dass eine Aufgabe von "der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden" kann⁴⁷⁾. Sie ist ebenfalls erfüllt. Es liegt nicht jenseits der Verwaltungskraft einer Gemeinde, die städtebauliche Entwicklung ihres Gebietes verbindlich zu ordnen, auch wenn dabei die Interessen anderer Planungsträger in besonderem Masse berührt werden. Der Planungsverband nach dem BBauG kann ferner im Bereich der vorbereitenden Bauleitplanung tätig werden. Ob er hier eine der Sache nach örtliche Aufgabe wahrnimmt, erscheint nach den Ausführungen des vorhergehenden Abschnittes zweifelhaft, braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Denn nach den angestellten Überlegungen kann die Ver-

43) BVerfGE 6/104 (118).

44) BVerfGE 8/122 (134).

45) Siehe die Ausführungen auf S. 9.

46) Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. II 1, e zu § 4.

47) BVerfGE 8/134.

fassungsmässigkeit der Ermächtigung zur zwangsweisen Verbandsbildung nicht schon mit dem Hinweis bejaht werden, § 4 greife nicht in den nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 schutzwürdigen Aufgabenkreis ein. Der Verband erledigt nämlich auf dem Gebiet der verbindlichen städtebaulichen Planung örtliche Aufgaben. Das gleiche gilt für die zum Vollzug eines Bebauungsplanes notwendigen Massnahmen des Verbandes (vgl. insbes. § 4 Abs. 4).

2) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält eine doppelte Garantie; diese Verfassungsnorm schützt die Gemeinden sowohl gegen Eingriffe, die ihr eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft entziehen, als auch gegen solche, die der eigenverantwortlichen Geschäftsführung der Gemeinden im Rahmen ihres örtlichen Aufgabenkreises Schranken setzen ⁴⁸⁾. Welche Garantie hier angesprochen wird, ist für die Beantwortung der Ausgangsfrage bedeutsam. Entzieht der nach § 4 Abs. 2 Satz 1 gebildete Planungsverband der beteiligten Gemeinde eine Selbstverwaltungsaufgabe, so liegt darin schon eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts, falls Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG dahin auszulegen ist, dass der Aufgabenbereich der örtlichen Gemeinschaft unantastbar ist ⁴⁹⁾. Die Verfechter dieser Auffassung beziehen den Vorbehalt "im Rahmen der Gesetze" ausschliesslich auf die Worte "in eigener Verantwortung" ⁴⁹⁾. Der zwangsweise gebildete Planungsverband "entzieht" der verbandsangehörigen Gemeinde jedoch nicht die städtebauliche Planung. Der Entzug setzt voraus, dass die Gemeinde von der Erledigung einer Angelegenheit ausgeschlossen wird. Das ist hier nicht der Fall. Die Gemeinde wird lediglich in ihrer Zuständigkeit beschränkt, indem sie auf eine Mitbeteiligung an der Bauleitplanung nach Massgabe der Verbandsatzung verwiesen wird. § 4 Abs. 2 Satz 1 ermächtigt demnach nur zu einem Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit der Gemeindeverwaltung ⁵⁰⁾.

48) Siehe Fussn. 18.

49) So Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 49 f. mit weiteren Nachweisen unter Fussn. 32.

50) Unklar Grauvogel in Brügelmann, a. a. O., Anm. III 3 zu § 4.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gestattet, die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde in der Geschäftsführung "im Rahmen der Gesetze" einzuschränken. Dem Gesetzgeber ist es jedoch verwehrt, unter diesem Vorbehalt die Selbstverwaltung beliebig zu beschneiden. Wie das BVerfG ausgesprochen hat, ist ein "bestimmter Kern der Selbstverwaltung gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert" ⁵¹⁾. Greift der Gesetzgeber in diesen Bereich ein, so verletzt er das durch Art. 28 GG garantierte Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung. § 4 Abs. 2 Satz 1 ermächtigt zu einem einschneidenden Eingriff. Die Gemeinde verliert die Befugnis, die städtebauliche Entwicklung ihres Gebietes allein zu bestimmen.

Der zwangsweise Zusammenschluss nach § 4 Abs. 2 verletzt das Selbstverwaltungsrecht, falls die in § 2 Abs. 1 verankerte Planungshoheit zur unantastbaren Sphäre der Selbstverwaltung gehört. Das BVerwG hat diesen Bereich dahin umschrieben, "dass den Gemeinden die Erledigung der Masse der Aufgaben belassen werden muss, die ihrem Wesen nach Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind"; ein Eingriff in ein bestimmtes Sachgebiet berühre nicht schon den Kern der Selbstverwaltung ⁵²⁾. Hiernach läge kein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vor, weil sich der mit der Eingliederung in den Pflichtverband verbundene Kompetenzverlust der Gemeinde nur auf ein einzelnes Sachgebiet bezieht. Die vom BVerwG entwickelte Auffassung ist jedoch nicht zutreffend, soweit sie ausschliesslich auf einen quantitativen Beurteilungsmaßstab abstellt. Das Gericht irrt, wenn es meint, die vom BVerfG im Urteil vom 20. 3. 1952 ⁵³⁾ herausgearbeiteten Grundsätze rechtfertigten allein eine quantitative Betrachtungsweise ⁵⁴⁾. Das Selbstverwaltungsrecht kann auch dadurch verletzt werden, daß der Gemeinde nur eine, aber zentrale Aufgabe genommen wird. Unter einer "zentralen" Gemeindeaufgabe wird eine solche ver-

51) BVerfGE 1/167 (178); 22/180 (204) im Anschluss an den StGH für das Deutsche Reich, RGZ 126, Anhang S. 14 (22).

52) BVerwGE 6/19 (25).

53) BVerfGE 1/167 ff.

54) BVerwG a. a. O., S. 24 f.

standen, die für das störungsfreie Funktionieren der Selbstverwaltung wesentlich ist, deren völlige oder teilweise Herausnahme aus dem Kreis der örtlichen Angelegenheiten die Funktionsfähigkeit der Selbstverwaltung insgesamt beeinträchtigt⁵⁵⁾. Auch das BVerfG hat das störungsfreie Arbeiten der gemeindlichen Selbstverwaltung als Voraussetzung für die volle Verwirklichung des Selbstverwaltungsprinzips angesehen⁵⁶⁾.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch dann vorliegt, wenn die gemeindliche Selbstverwaltung lediglich auf einem Sachgebiet eingeschränkt wird, dieses aber so zentrale Bedeutung besitzt, dass der Eingriff die Erledigung anderer Selbstverwaltungsangelegenheiten in Mitleidenschaft zieht.

3) Es ist zu erörtern, ob die vorbereitende sowie die verbindliche Bauleitplanung Aufgaben der geschilderten Art sind. Zunächst ist die verbindliche Bauleitplanung zu betrachten. Zwischen ihr und zahlreichen anderen Selbstverwaltungsaufgaben besteht ein enger Zusammenhang. Bei den letzteren handelt es sich um solche Obliegenheiten, bei deren Durchführung die Gemeinde verpflichtet oder berechtigt ist, bestimmte Einrichtungen zu schaffen oder die Nutzung von Grundstücksflächen in anderer Weise festzulegen. Das gilt für den sozialen Wohnungsbau. Nach § 89 Abs. 2 des Zweiten WohnungsbauG⁵⁷⁾ haben die Gemeinden die Aufgabe, für den Wohnungsbau, namentlich für eine Bebauung mit Familienheimen, geeignete Grundstücke zu beschaffen, im Rahmen der landesrechtlichen Bestimmungen baureif zu machen und als Bauland Bauwilligen zu überlassen. § 89 Abs. 3 des genannten Gesetzes verpflichtet die Gemeinden, in ihren rechtsverbindlichen städtebaulichen Plänen für eine Bebauung mit Familienheimen geeignete Flächen in einem so

55) Diesen Gedanken zieht Partsch in Festschrift für Bilfinger, S. 313, heran, um das Wesen des Universalitätsgrundsatzes zu kennzeichnen. Er ist auch als Gesichtspunkt für die Bestimmung des durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 geschützten unantastbaren Bereiches geeignet.

56) BVerfGE 6/104 (118).

57) G i. d. F. v. 1. 8. 1961, BGBl. I S. 1122.

ausreichenden Umfang auszuweisen, dass die vorrangige Förderung des Baues von Familienheimen nach diesem Gesetz durchgeführt werden kann. Dem entspricht die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 g. Auf dem Gebiete der Schulverwaltung ist die Gemeinde Schulträger der allgemeinbildenden Schulen in ihrem Gebiet; sie ist verpflichtet, entsprechende Schulen einzurichten⁵⁸⁾. Müssen neue Schulen gebaut werden, so hat die Gemeinde dafür im Bebauungsplan entsprechende Flächen vorzusehen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 f i. Verb. mit § 5 Abs. 2 Nr. 2). Auch im Rahmen der örtlichen Kulturpflege steht sie vor der Aufgabe, für die Bürger öffentliche Einrichtungen bereitzustellen⁵⁹⁾, z. B. Theater, Konzerthäuser und Ausstellungsräume zu schaffen. Die für die entsprechenden Gebäude notwendigen Flächen sind im Bebauungsplan darzustellen (§ 9 Nr. 1 f). Ähnliches gilt für die im Rahmen der kommunalen Sozialpolitik anfallenden Aufgaben⁶⁰⁾. Auf dem Gebiete der Jugendhilfe⁶¹⁾ stellt die Gemeinde u. a. Jugendheime, Kindergärten, Kinderheime und Erziehungsanstalten zur Verfügung⁶²⁾, im Bereich des Gesundheitswesens läßt sie eigene Krankenhäuser bauen⁶²⁾, die dazugehörigen Grundstücksflächen werden im Bebauungsplan ausgewiesen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 f, i. Verb. mit § 5 Abs. 2 Nr. 2). Sie stellt ferner im Rahmen der kommunalen Versorgungswirtschaft Einrichtungen für die Wasser-, Gas- und Stromversorgung ihrer Bürger bereit. Der dafür erforderliche Flächenbedarf erscheint ebenfalls in den Bebauungsplänen (§ 9 Abs. 1 Nrn. 5 und 6)⁶³⁾. Die Gemeinde hat weiterhin im Straßen-

58) Vgl. z. B. § 10 Abs. 1, § 13 Abs. 1 hess. SchulverwaltungsG v. 28. 6. 61, GVBl. 87; § 2, § 5 nieders. SchulverwaltungsG i. d. F. v. 28. 3. 1962, GVBl. S. 37; § 10 Abs. 1 nordrh. -westf. SchulverwaltungsG v. 3. 6. 1958, GVBl. S. 241.

59) § 10 Abs. 2 bad. -württ. GemO; Art. 57 Abs. 1 bay. GemO; § 19 Abs. 1 hess. GemO; § 2 Abs. 1 nieders. GemO; § 18 Abs. 1 nordrh. -westf. GemO; § 2 Abs. 1 S. 1 rhld. -pflz. GemO; § 5 Abs. 1 saarl. GemO; § 17 Abs. 1 schl. -holst. GemO; zitiert nach Loschelder, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, 1965.

60) Siehe Fussn. 59.

61) Diese kann auch Selbstverwaltungsaufgabe sein, vgl. BVerfGE 22/210.

62) Schröder in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, S. 273.

63) Auf den Zusammenhang zwischen diesen Aufgaben und der örtlichen Planung weist der Bay. VerfGH in VerfGH n. F. 16/112 (1982) hin.

wesen bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen⁶⁴⁾. Als Träger der Straßenbaulast, z. B. nach § 5 Abs. 2 und Abs. 3 BundesfernstrassenG⁶⁵⁾ hat sie u. a. für den Ausbau der ihr zugeordneten Verkehrswege zu sorgen (§ 3 des Gesetzes). Die für die Strassen, Parkplätze, Gehwege benötigten Flächen sind in den Bebauungsplänen festzuhalten (§ 9 Abs. 1 Nr. 3). Schon diese Beispiele, die sich vermehren liessen, machen die zentrale Bedeutung der verbindlichen Bauleitplanung klar. Wird nun diese Planung einem Verband übertragen und damit die betroffene Gemeinde aus der Stellung, ausschliesslich Planungsträger zu sein, verdrängt, so erfasst dieser Eingriff zugleich die dargestellten Sachzusammenhänge; die Befugnis, die bauliche Gestaltung des Gemeindegebietes zu bestimmen und die Kompetenz für Einzelaufgaben, deren sinnvolle Erledigung von Entscheidungen im Bereich der städtebaulichen Ordnung abhängt, sind nicht mehr in der Hand eines Verwaltungsträgers vereinigt. Diese Störung beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit der gemeindlichen Selbstverwaltung in ihrer Gesamtheit, mag der Schaden auch nicht im einzelnen exakt festzustellen sein. Die dargestellte zentrale Bedeutung der verbindlichen Bauleitplanung führt zu der Feststellung, dass die verbindliche Bauleitplanung zum unantastbaren Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört. Ist das der Fall, so ermächtigt die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 1 zu einem Eingriff in diese Sphäre der Gemeindeverwaltung. Sie verletzt infolgedessen die zwangsweise in den Planungsverband eingegliederte Gemeinde in ihrem Selbstverwaltungsrecht.

Grauvogel verneint eine Verletzung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Der zwangsweise Zusammenschluss des § 4 verkürze die Planungshoheit der einzelnen Gemeinde zwar empfindlich, lasse sie jedoch im Kern bestehen, da es sich in § 4 um eine vorübergehende, zeitlich begrenzte Beschränkung handele⁶⁶⁾. Diese Begründung

64) Gönnerwein, a. a. O., S. 91

65) G i. d. F. v. 6. 8. 1961, BGBl. I S. 1742.

66) Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. III 3 zu § 4.

überzeugt nicht. Zunächst wählt Grauvogel einen unrichtigen Ausgangspunkt. Es handelt sich nicht darum, ob in den Kern eines bestimmten Sachgebietes eingegriffen wird. Zu fragen ist vielmehr, ob der unantastbare Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung berührt wird. Der verfehlte Ausgangspunkt führt dazu, dass Grauvogel den zentralen Charakter der verbindlichen Bauleitplanung für andere Selbstverwaltungsaufgaben übersieht. Grauvogel nimmt infolgedessen auch nicht zu der entscheidenden Frage Stellung, ob der mit der Bildung eines Zwangsverbandes einhergehende Kompetenzübergang Störungen im Gefüge der Selbstverwaltung auslöst. Darüber hinaus lässt sich ein Eingriff in den Kernbereich nicht allein mit dem Hinweis verneinen, es handele sich um eine vorübergehende, zeitlich begrenzte Beschränkung. Zwar ist als Grundsatz anerkannt, dass Eingriffe in die Selbstverwaltung auf das zeitlich notwendige Mass begrenzt werden müssen⁶⁷⁾, und § 4 Abs. 6 trägt diesem Gebot auch Rechnung. Dieser Gesichtspunkt kommt aber erst zum Zuge, nachdem festgestellt worden ist, dass eine Einschränkung den unantastbaren Bereich der Selbstverwaltung nicht berührt⁶⁸⁾. Diese hier verneinte Voraussetzung erörtert Grauvogel nicht.

Der vorliegende Eingriff wäre nur dann hinzunehmen, wenn die Gemeinde für den durch zwangsweisen Zusammenschluss herbeigeführten Rechtsverlust einen angemessenen Ersatz erhielte. Der Ausgleich müsste darin bestehen, dass die Gemeinde an allen Entscheidungen des Planungsverbandes im Bereich der verbindlichen Bauleitplanung beteiligt wird. Die Mitwirkungsbefugnisse müssten ferner so ausgestaltet sein, dass die betroffene Gemeinde nicht durch andere Verbandsmitglieder überstimmt werden könnte, d. h., die Willensbildung des Verbandes dürfte sich nicht nach dem Mehrheitsprinzip vollziehen. Allein die Einstimmigkeit bei Verbandsbeschlüssen gäbe der Gemeinde einen angemessenen Ersatz für das durch den zwangsweisen Zusammenschluss entzogene "Leitungs-

67) BVerfGE 1/178 und im Anschluss daran BVerwGE 6/25, Hamann, a. a. O., Anm. B 7 zu Art. 28; v. Mangoldt/Klein, a. a. O., S. 709.

68) BVerfG a. a. O.

und Entscheidungsrecht" ⁶⁹⁾. § 4 scheint dem Prinzip der Einstimmigkeit, auf den ersten Blick gesehen, Raum zu geben. Die Bestimmung schreibt nämlich keine davon abweichende Form der Willensbildung vor. Es fragt sich jedoch, ob dieser Rechtszustand die Gemeinde tatsächlich davor sichert, dass gegen ihren Willen Entscheidungen getroffen werden. § 4 Abs. 3 regelt das Verfahren der Feststellung der Verbandssatzung. Die Mitglieder haben sich zunächst über eine Satzung zu einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so stellt die zuständige Landesbehörde eine Satzung auf und legt sie dem Planungsverband zur Beschlussfassung vor (Satz 1). Einigen sich die Mitglieder wiederum nicht, so setzt die Landesregierung die Satzung fest (Satz 2). Nach dem vom Gesetzgeber vorgesehenen Aufstellungsverfahren haben es die Mitglieder in der Hand, sich eine Satzung zu geben, die Einstimmigkeit bei Verbandsbeschlüssen vorsieht. In diesem Falle wäre die übergeordnete Landesbehörde bzw. die Landesregierung daran gehindert, von sich aus eine Satzung mit einer abweichenden Form der Willensbildung vorzuschreiben. Dieser Fall dürfte jedoch kaum in der Praxis eintreten. Infolge der abweichenden Interessen der beteiligten Planungsträger würde eine gütliche Einigung vielfach gerade an der Frage der Einstimmigkeit scheitern. Hier hätte die zuständige Landesregierung zwar die Möglichkeit, eine vom Einstimmigkeitsprinzip ausgehende Satzung festzusetzen, falls die Verbandsmitglieder sich nicht über die Annahme einer entsprechenden von der zuständigen Landesbehörde ausgearbeiteten Satzung einigen können. Aber sie ist nach dem Gesetz nicht dazu verpflichtet; sie kann auch das Mehrheitsprinzip der Verbandsatzung zugrundelegen. Verhält es sich so, dann ist die Gemeinde letztlich nicht dagegen gesichert, dass der Verband mit der Mehrheit der Mitgliederstimmen gegen den Willen der Gemeinde entscheidet. Dieser Schutz wird ihr nur dann zuteil, wenn das Gesetz das Einstimmigkeitsprinzip für die Satzung vorschreibt. Das ist nicht geschehen. Folglich kann von einem Ausgleich für den durch

69) Gelzer, DVBl. 58/88.

zwangsweisen Zusammenschluss erlittenen Rechtsverlust nicht die Rede sein. Der Eingriff, zu dem § 4 Abs. 2 Satz 1 ermächtigt, ist daher unter diesem Gesichtspunkt nicht hinzunehmen. Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 1 verstösst gegen die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Ihre Verfassungswidrigkeit ist festzustellen, soweit sie die verbindliche Bauleitplanung betrifft. ⁷⁰⁾

4) Es ist nunmehr zu untersuchen, ob die vorbereitende Bauleitplanung eine zentrale Aufgabe der gemeindlichen Selbstverwaltung ist und damit zum unantastbaren Bereich gehört. Die vorbereitenden Bauleitpläne unterscheiden sich von den Bebauungsplänen dadurch, dass sie die Nutzung des einzelnen im Gemeindegebiet gelegenen Grundstückes verbindlich festlegen. Dieser Umstand ist wesentlich. Die Ausführungen des vorhergehenden Abschnittes haben gezeigt, dass die überragende Bedeutung des Bebauungsplanes darin besteht, dass er die für die sinnvolle Erledigung anderer Sachgebiete benötigten Anlagen ausweist, und zwar in ihrer endgültigen Lage. Diese Funktion vermag der Flächennutzungsplan nicht zu erfüllen. Er bereitet die Grundstücksnutzung nur "in den Grundzügen" vor (§ 5 Abs. 1). Er ist zwar als städtebauliches Ordnungsmittel sachlich sehr zweckmässig und förderlich, aber für die Festlegung der Grundstücksnutzung nicht schlechthin unentbehrlich ⁷¹⁾. Auch die Tatsache, dass im Flächennutzungsplan "Grundentscheidungen über die beabsichtigte Entwicklung des städtebaulichen Aufbaues" ⁷²⁾ getroffen werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Eine derartige Entscheidung muss nicht stets in einem vorbereitenden Plan getroffen werden. Aus diesen Erwägungen ist die Aufstellung eines Flächennutzungsplanes nicht als zentrale Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen ⁷³⁾. Diese Aufgabe gehört daher nicht zum unantastbaren Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung.

70) Bisher ist in der Praxis der Bauleitplanung das Mittel der zwangsweisen Verbandsbildung noch nicht angewendet worden.

71) Vgl. § 2 Abs. 2.

72) OVG Münster, OVGfE 14/60 (67).

73) a. A. Thieme, DVBl. 66/327.

Der Gesetzgeber war daher grundsätzlich befugt, für den Sachbereich der vorbereitenden Bauleitplanung die Zwangsregelungen des § 4 zu treffen. Ein Verstoss gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG könnte allerdings vorliegen, sofern er den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels nicht beachtet hat ⁷⁴⁾.

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 kann die Bildung eines Zwangsverbandes erfolgen, wenn dies "zum Wohle der Allgemeinheit, insbesondere aus Gründen der Raumordnung dringend geboten ist". Diese Voraussetzungen lassen sich dahin auslegen, dass die Bildung eines Pflichtverbandes nur als ultima ratio in Betracht kommt, d. h., wenn die weniger einschneidenden Koordinierungsmittel der § 2 Abs. 4 und 5, § 3, § 4 Abs. 1 versagen ⁷⁵⁾. Im übrigen tragen die weiteren Zwangsregelungen des § 4 Abs. 3 sowie die Bestimmung über die Auflösung des Verbandes (Abs. 6) dem genannten Verfassungsgrundsatz Rechnung. Unter diesem Gesichtspunkt sind daher keine Bedenken zu erheben. § 4 Abs. 2 steht mit dem Grundgesetz im Einklang, soweit sich diese Bestimmung auf die vorbereitende Bauleitplanung bezieht.

II. Gesetzliche Ermächtigungen des Bundesbaugesetzes zum Erlass von Vorschriften durch die Exekutive, die das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde berühren

Das Bundesbaugesetz räumt in zahlreichen Rechtsnormen bestimmten Organen der Exekutive die Befugnis ein, im Range unter dem formellen Gesetz stehendes Recht zu setzen, nämlich in den §§ 2 Abs. 3, 2 Abs. 10, 9 Abs. 2, 19 Abs. 6, 39, 46 Abs. 2, 124, 141 Abs. 4, 143 Abs. 6, 144 Abs. 2, 147 Abs. 2, 173 Abs. 2 und 4, 174 Abs. 1 und 2.

74) Dieses Prinzip gilt auch für Einschränkungen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, BVerfGE 1/167 (178); BVerwGE 6/19 (25); Hamann, a. a. O., Anm. B 7 zu Art. 28.

75) Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. II 2 a zu § 4.

Aus diesem Kreis sind diejenigen Bestimmungen auszuschneiden, die nicht zum Erlass von Vorschriften ermächtigen, die das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden einschränken können. Unter diesem Gesichtspunkt bleibt § 2 Abs. 3 ausser Betracht. Diese Bestimmung bezweckt eine Förderung der Gemeindeverwaltung; nach § 2 Abs. 3 können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung Stellen bestimmen, die auf Antrag der Gemeinden verpflichtet sind, Bauleitpläne auszuarbeiten. Auch § 9 Abs. 2 scheidet für die weitere Untersuchung aus. Nach dieser Bestimmung können die Landesregierungen verordnen, dass auch Festsetzungen über die äussere Gestaltung baulicher Anlagen sowie über den Schutz und die Erhaltung von Bau- und Naturdenkmätern in den Bebauungsplan aufgenommen werden können, sie dürfen jedoch keine Aufnahmepflicht festlegen. § 19 Abs. 6 und § 147 Abs. 2 sind ebenfalls nicht zu behandeln, da sie Aufgabenbereiche betreffen, die von der kommunalen Selbstverwaltung nicht erfasst werden; § 19 betrifft baupolizeiliche Angelegenheiten, § 147 Abs. 2 allgemein staatliche Aufgaben. § 39 ermächtigt gleichfalls nicht zum Erlass einschränkender Regelungen. Nach dieser Bestimmung kann der Bundesminister für Wohnungsbau Rechtsverordnungen über den Schutz des Mutterbodens erlassen, der bei der Errichtung und Änderung von baulichen Anlagen usw. ausgehoben wird. Entsprechende Schutzvorschriften engen die gemeindliche Planungshoheit nicht ein. Die in § 141 Abs. 4, § 143 Abs. 6 und § 144 Abs. 2 enthaltenen Ermächtigungen befassen sich mit der Arbeitsweise und Organisation von Gutachterausschüssen, die Grundstückswerte zu ermitteln haben. Die Ausschüsse sind kein Teil der Gemeindeverwaltung, sondern unabhängig und in ihrer Tätigkeit selbständig⁷⁶⁾. Die genannten Ermächtigungen berühren daher nicht die gemeindliche Selbstverwaltung. Für § 173 Abs. 2 und 4 gilt dasselbe. § 174 Abs. 1 und 2 betrifft lediglich die Fortgeltung von Plänen, die beim Inkrafttreten des BBauG bereits bestanden, und regelt die Fortführung der nach früherem Recht eingeleiteten Planfeststellungsverfahren und Durchführungsmassnahmen.

76) Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 1 zu § 137.

Demgegenüber sind die Regelungen der §§ 2 Abs. 10, 46 Abs. 2, 124 und 155 einschlägig. § 2 Abs. 10 ermächtigt zum Erlass von Rechtsverordnungen, die der Gemeinde vorschreiben können, dass sie bestimmte Erfordernisse bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu beachten hat, § 46 Abs. 2 berührt die gemeindliche Selbstverwaltung ebenfalls; die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung die Gemeinden zur Bildung von Umlegungsausschüssen mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen verpflichten (Nr. 1), ferner die Zusammensetzung sowie die Befugnisse dieser Ausschüsse festlegen (Nr. 2). Damit ermächtigt § 46 Abs. 2 zu Eingriffen in die Organisationshoheit, die der Gemeinde im Bereich der Selbstverwaltung zusteht⁷⁷⁾. Diese Wirkung beschränkt sich auf die nach Nr. 1 und 2 zu regelnden Gegenstände. Die Vorschrift des § 46 Abs. 2 trägt keinen einschränkenden Charakter, soweit sie den Landesregierungen die Befugnis erteilt, durch Rechtsverordnung die Bildung von Oberen Umlegungsausschüssen und deren Zusammensetzung zu bestimmen (Nr. 3). Obere Umlegungsausschüsse sind bei der höheren Verwaltungsbehörde zu errichten⁷⁸⁾. Diese Massnahme berührt infolgedessen nicht die gemeindliche Organisationshoheit. Eine Einschränkung der Selbstverwaltung kommt jedoch insofern in Betracht, als der im Vorverfahren eingeschaltete Obere Umlegungsausschuss die Entscheidung des Umlegungsausschusses auch auf Zweckmässigkeitserwägungen hin nachprüfen kann, wenn eine entsprechende Rechtsverordnung dies vorsieht⁷⁹⁾. Eine derartige Kontrolle träfe mittelbar die Gemeinde, da die Umlegungsausschüsse Organe der Gemeinde sind⁸⁰⁾. Die einschlägige Ermächtigungsnorm ist in diesem Falle jedoch nicht § 46 Abs. 2, sondern § 155. Nach § 155 können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmen, dass ein nach dem

77) Stern, Bonner Kommentar, Rdn. 102 zu Art. 28; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 171.

78) Stahnke in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. 8 zu § 46.

79) Vgl. hierzu § 15 Abs. 1, § 14 Abs. 1 der ersten nordrh. - westf. DVO zum BBauG v. 29. 11. 1960 (GVBl. S. 433) und § 11 der ersten rhld. - pfalz. DVO zum BBauG v. 20. 1. 1961 (GVBl. S. 67).

80) Schrödter, Komm. z. BBauG, Rdn. 3 zu § 46.

Viertel Teil des BBauG (Umlegung, Grenzregelung) erlassener Verwaltungsakt gerichtlich erst angefochten werden kann, nachdem seine Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit in einem Vorverfahren nachgeprüft worden ist; das Vorverfahren ist in Anlehnung an die Vorschriften der VwGO zu regeln, insbesondere unter Berücksichtigung des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO. Hiernach kann der Verordnungsgeber in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Gemeinde zur Entscheidung über den Rechtsbehelf berufen, er kann aber auch eine staatliche Behörde als Widerspruchsinstanz bestimmen mit der Befugnis, den angefochtenen Verwaltungsakt auch auf Zweckmässigkeitserwägungen hin zu überprüfen⁸¹⁾.

§ 155 ermächtigt demnach zu Eingriffen in die gemeindliche Eigenverantwortlichkeit. Schliesslich ist auch § 124 bedeutsam. Diese Vorschrift gibt dem Bundesminister für Wohnungsbau die Befugnis, mit Zustimmung des Bundesrates Richtlinien über die städtebaulichen Grundsätze der Erschliessung aufzustellen. Derartige Richtlinien können das Ermessen der erschliessenden Gemeinde (§ 123 Abs. 1) binden.

Es stellt sich die Frage, ob die in § 2 Abs. 10, § 46 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 124, § 155 enthaltenen Ermächtigungen das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde missachten. Es kommen drei Verletzungstatbestände in Betracht:

Eine Rechtsnorm ermächtigt zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die an die gemeindliche Selbstverwaltung gerichtete Befehle enthalten. Hier stellt sich die Frage, ob die Be-

81) Der Gesetzesvorbehalt des § 73 Abs. 1 Nr. 3: "..., soweit nicht durch Gesetz anderes bestimmt wird", beschränkt den Gesetzgeber nicht darauf, für die staatliche Widerspruchsbehörde lediglich die Rechtskontrolle vorzusehen. Der Zusammenhang zwischen dieser Vorschrift und § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergibt, dass die VwGO auch eine weitergehende Überprüfung durch eine der gemeindlichen Selbstverwaltung übergeordnete Widerspruchsbehörde zulässt, ebenso Eyermann/Fröhler, Komm. z. VwGO (4.), Rdn. 3 zu § 73; Schrödter, a. a. O.; a. A. Schunck/De Clerck, Komm. z. VwGO, 1961, Anm. 2 c) zu § 73; Ule, Komm. z. VwGO, Anm. III 1 zu § 73.

fehle ohne Wirkung bleiben, weil sie nicht in die von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 geforderte gesetzliche Form gekleidet sind. Sie ist für § 124 bedeutsam.

Ein Verstoss gegen die Selbstverwaltungsgarantie liegt ferner vor, sofern die genannten Ermächtigungen dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht genügen⁸²⁾.

Die ermächtigende Norm ist weiterhin mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar, wenn der Gesetzgeber den vom Verordnungsgeber auszufüllenden Rahmen so eng abgesteckt hat, dass eine Rechtsverordnung, die das Programm des Gesetzgebers konkretisiert, in jedem Fall das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde in unzulässiger Weise einengt.

a) Zunächst soll § 124 erörtert werden. Die Vorschrift ermächtigt zum Erlass von "Richtlinien". Dieser Ausdruck ist mehrdeutig. Diese "Richtlinien" können allgemeine Verwaltungsvorschriften sein⁸³⁾. Das ist der Fall, sofern sie verbindliche Anordnungen über die Durchführung der Erschliessung enthalten. Sie können aber auch als unverbindliche Empfehlungen⁸⁴⁾ an den Träger der Erschliessungslast aufzufassen sein. Dem Wortlaut des § 124 lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber den Gemeinden die Beachtung von Erschliessungsgrundsätzen zur Pflicht machen wollte. Das gleiche gilt für die gegenteilige Annahme. Demgegenüber liegt es nach dem gesetzgeberischen Zweck nahe, die "Richtlinien" im Sinne des § 124 als verbindliche Anordnungen zu beurteilen. Die von einem Organ des Bundes zu erlassenden Richtlinien sollen dahin wirken, dass die Erschliessung der Gebiete einer Vielzahl von Gemeinden nach einheitlichen Grundsätzen durchgeführt wird. Einheitliche Erschliessungsgrundsätze fördern zudem die interkommunale Zusammenarbeit, insbesondere das Zusammenwirken

82) Stern, a. a. O., Rdn. 115 zu Art. 28.

83) Vgl. hierzu OVG Lüneburg, DVBl. 50/443.

84) Vgl. OVG Münster, OVG 10/295 (302), das an die Gemeinden gerichtete ministerielle Erlasse zum Teil als Empfehlungen angesehen hat.

benachbarter Gemeinden in der Bauleitplanung (§ 3 Satz 2, § 2 Abs. 4). Dem würde der verbindliche Charakter der Richtlinie am ehesten gerecht. Würden hiernach die "Richtlinien über die städtebaulichen Grundsätze der Erschliessung" als allgemeine Verwaltungsvorschriften zu behandeln sein ⁸⁵⁾, so stellte sich die Frage, ob sie im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG Rechtswirksamkeit beanspruchen könnten. Diese Verfassungsbestimmung lässt nämlich Einschränkungen der gemeindlichen Selbstverwaltung nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu. Im letzteren Fall muss das formelle Gesetz zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen ⁸⁶⁾. Allgemeine Verwaltungsvorschriften binden hiernach die Gemeinden nicht. Gleichwohl begegnete § 124 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, sofern diese Vorschrift durch Art. 84 Abs. 2 GG gedeckt wäre. Art. 84 Abs. 2 GG bildet eine Ausnahme des soeben wiedergegebenen formellen Grundsatzes. Auf Grund dieser Verfassungsbestimmung kann der Bund allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen. Diese Regelung gilt, wenn die Länder wie hier ein Bundesgesetz als eigene Angelegenheit ausführen (Art. 84 Abs. 1 GG). Diese allgemeinen Verwaltungsvorschriften binden die mit dem Vollzug des Bundesgesetzes betrauten Gemeinden ⁸⁷⁾. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 124 die inhaltlichen Anforderungen einer "allgemeinen Verwaltungsvorschrift" im Sinne des Art. 84 Abs. 2 GG erfüllt. Denn § 124 ist schon deshalb nicht durch Art. 84 Abs. 2 GG gedeckt, weil die Ermächtigung nicht der Bundesregierung erteilt ist. § 124 nennt als Delegationsempfänger den Bundesminister für Wohnungsbau. Nach der vom Grundgesetz in Art. 62 GG gegebenen Legaldefinition ist unter der "Bundesregierung" das aus Bundeskanzler und Bundesministern

85) Förster in Brügmann u. a., a. a. O., Anm. 1 zu § 124.

86) Stern, a. a. O., Rdn. 115 zu Art. 28; OVG Münster, DÖV 56/697 (698).

87) Köttgen, D. Gemeinde u. d. Bundesgesetzgeber, S. 75; Maunz/Dürig, a. a. O., Rdn. 34 zu Art. 84; Gönnerwein, a. a. O., S. 166.

bestehende Kollegium, nicht aber ein einzelner Minister zu verstehen⁸⁸⁾. Die gegenteilige, von der Rechtslage der Weimarer Verfassung ausgehende Auffassung⁸⁹⁾ ist angesichts der klaren Regelung des Grundgesetzes nicht haltbar. Diese Überlegungen ergeben, dass § 124 nicht verfassungsmässig ist, falls davon auszugehen wäre, daß die dort genannten "Richtlinien" verbindliche Anordnungen enthalten. Verfassungsrechtlichen Bestand bestände diese Vorschrift, sofern eine Auslegung möglich ist, die den "Richtlinien" den Charakter von Empfehlungen zumisst. Ausgeschlossen ist eine derartige Deutung nach dem oben Gesagten nicht. Die erwähnten Zwecke lassen sich auch, wenngleich weniger wirkungsvoll, dann noch verwirklichen, wenn die Richtlinien über die städtebaulichen Grundsätze der Erschliessung keine rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen. Sie bleiben als Hilfe für die gemeindliche Erschliessungstätigkeit wertvoll. Das gilt besonders für solche Gemeinden, die mangels entsprechender Fachkräfte nicht in der Lage sind, eigene Grundsätze zu erarbeiten. Das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung⁹⁰⁾ gebietet die letztere Auslegung, die § 124 rechtlichen Bestand verleiht. Dass diese Deutung dem gesetzgeberischen Zweck nicht voll gerecht wird, steht der Anwendung dieses Prinzips nicht entgegen⁹¹⁾.

b) Die Vorschriften der §§ 2 Abs. 10 46 Abs. 2, 155 ermächtigen den Bundesminister für Wohnungsbau bzw. die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen. Sie sind daher am Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen; letzteres besagt, dass Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen. Unter "Inhalt" ist die in der

88) BVerwGE 13/271 (275); Hamann, a. a. O., Anm. B 6 zu Art. 84; Maunz/Dürig, a. a. O., Rdn. 34 zu Art. 84; Schunck in Giese/Schunck, a. a. O., Anm. II 3 zu Art. 84.

89) Holtkotten, Bonner Kommentar, Anm. II 3 zu Art. 84; v. Mangoldt, Kommentar z. GG, 1953, S. 455, 351.

90) BVerfGE 2/266 (282).

91) BVerfGE 9/194 (200).

Ermächtigung vorgesehenen Regelung zu verstehen⁹²⁾, unter dem "Zweck" das vom Gesetzgeber zu verwirklichende Programm⁹³⁾, das "Ausmass" der Ermächtigung bezeichnet die Grenzen der Regelung, die der Verordnunggeber treffen darf⁹⁴⁾. Diese Erfordernisse sind in der Ermächtigungsnorm "bestimmt", sofern Inhalt, Zweck und Ausmass der zu erlassenden Rechtsverordnungen nach der Ermächtigung vorausgesehen werden können⁹⁵⁾. Diesen Voraussetzungen genügt die Bestimmung des § 2 Abs. 10. Der Katalog des Abs. 10 gibt Gegenstand und Grenzen der Regelung deutlich an. Das gesetzgeberische Programm ist ebenfalls detailliert festgelegt. Das gleiche gilt für § 46 Abs. 2. Die hiernach zu erlassenden Rechtsverordnungen betreffen die Bildung von Umlegungsausschüssen und ihre Zusammensetzung (Nr. 1 und Nr. 2). Ausmass und Zweck der Ermächtigung ergeben sich ebenfalls aus Nr. 1 und 2 des Abs. 2. Auch § 155 begegnet keinen Bedenken. Diese Vorschrift gibt den Landesregierungen die Befugnis, durch Rechtsverordnung für Verwaltungsakte, die bei Umlegungs- und Grenzregelungsmassnahmen erlassen werden, ein Vorverfahren festzulegen, das der gerichtlichen Anfechtung vorausgeht. Inhalt und Zweck der Ermächtigung sind in § 155 eindeutig erkennbar. Im Hinblick auf das Ausmass der Regelung enthält § 155 insofern eine unbestimmte Angabe, als gesagt wird, das Vorverfahren sei "in Anlehnung an die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung" zu regeln, diese Vorschriften jedoch nicht näher bezeichnet werden. Diese ungenaue Bezeichnung schadet jedoch nicht; die Verweisung kann sich sinnvollerweise nur auf die Vorschriften des achten Abschnittes der VwGO über das Vorverfahren (§§ 68 ff.) beziehen⁹⁶⁾. Die Ermächtigung des § 155 beachtet daher auch in dieser Hinsicht das Bestimmtheitsgebot.

92) B. Wolff, ArchöR 78 (1953)/196 f.; BVerwGE 4/24 (50).

93) BVerfGE 8/274 (307).

94) BVerfGE 5/ 71 (77).

95) BVerfGE 2/307 (334); Hamann, a. a. O., Anm. B 7 zu Art. 80.

96) Schrödter, a. a. O., Rdn. 2 zu § 155.

c) Nachdem festgestellt ist, dass § 2 Abs. 10, § 46 Abs. 2 und § 155 mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 in Einklang stehen, ist zu erörtern, ob diese Ermächtigungen in ihrem materiellen Gehalt mit der Selbstverwaltungsgarantie vereinbar sind. Das durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Recht kann nicht nur durch eine Rechtsnorm verletzt werden, die einen Sachverhalt selbst abschliessend regelt, sondern auch durch eine solche, die lediglich einen Rahmen aufstellt und dem Verordnunggeber die endgültige Regelung des Gegenstandes überlässt. Der letztgenannte Verletzungstatbestand liegt vor, wenn der Gesetzgeber in der ermächtigenden Norm den Rahmen so eng absteckt, dass jede auf dieser Norm fussende Regelung des Verordnunggebers das Selbstverwaltungsrecht in seinem Kern antastet.

Die auf Grund des § 2 Abs. 10 zu erlassenden Rechtsverordnungen können Vorschriften über die Ausarbeitung von Bauleitplänen sowie über die Darstellung des Planinhalts enthalten (Nr. 4). Diese Regelung bezieht sich auf die technische Seite der Bauleitpläne ⁹⁷⁾. Eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts scheidet aus; es wird hier nicht einmal die Befugnis der Gemeinde berührt, im Bauleitplan die städtebauliche Ordnung nach eigenem Ermessen zu gestalten. Die übrigen in Nr. 1 - 3 des Abs. 10 aufgeführten Gegenstände betreffen auch die inhaltliche Seite der städtebaulichen Planung; Vorschriften über die "Art der baulichen Nutzung" (Nr. 1a) können Typen von Baugebieten vorschreiben, in denen nur bestimmte Grundstücksnutzungen zugelassen sind (z. B. reine Wohngebiete, Kleinsiedlungsgebiete, Wochenendhausgebiete) ⁹⁸⁾. Die Gemeinde darf dann nur diese Typen ihrer Planung zugrundelegen. Vorschriften über das "Mass der baulichen Nutzung" (Nr. 1b) regeln die Frage, in welchem Umfange ein Grundstück bebaut werden darf (z. B. die Grösse der bebauungsfähigen Grundfläche, die Anzahl der Geschosse) ⁹⁹⁾. § 2 Abs. 10 ermächtigt ferner zum Erlass von Vorschriften über die Bauweise sowie über die überbaubaren und nicht überbaubaren

97) Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 9 d zu § 2; vgl. hierzu die PlanzeichenVO v. 19. 1. 1965, BGBl. I S. 21.

98) Vgl. hierzu §§ 1-15 der BaunutzungsVO v. 26. 6. 1962 (BGBl. I S. 429).

99) Vgl. hierzu §§ 16-21 der BaunutzungsVO.

Grundstücksflächen (Nr. 1 c) ¹⁰⁰⁾, über die Mindestgrösse der Baugrundstücke (Nr. 1 d), über die in den Baugebieten zulässigen baulichen und sonstigen Anlagen (Nr. 2) ¹⁰¹⁾. Schliesslich sieht § 2 Abs. 10 Vorschriften über die in Nr. 1 genannten Festsetzungen für den Fall vor, dass eine Gemeinde Bebauungspläne nicht aufstellt oder diese Festsetzungen nicht in diese Pläne aufnimmt (Nr. 3). Dieser Überblick lässt erkennen, dass der Bundesgesetzgeber in § 2 Abs. 10 ein detailliertes Programm aufgestellt hat. Der Verordnungsgeber erhält damit die Befugnis, in weitem Umfange typisierende Regelungen zu treffen. Werden Art und Ausmass der baulichen Nutzung in der vorgesehenen Weise "genormt", so bedeutet das eine merkliche Einschränkung der individuellen Gestaltungsmöglichkeiten der planenden Gemeinde. Die Ermächtigungsnorm des § 2 Abs. 10 bringt eine schon hervorgehobene ¹⁰²⁾ Tendenz beispielhaft zum Ausdruck, nämlich diejenige, dass der Gesetzgeber die mit dem Gesetzesvollzug betrauten Gemeinden an ausgeprägte Rahmenvorschriften bindet. Eine Verengung des gemeindlichen Ermessensspielraumes ist die Folge. Kötting weist zutreffend auf diese Erscheinung hin und stellt die Frage nach den verfassungsrechtlichen Schranken einer derartigen Gesetzgebungspraxis ¹⁰³⁾. Trotz der durch § 2 Abs. 10 drohenden Typisierung ist ein unzulässiger Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht zu verneinen. Die Gemeinde darf zwar ihrer Planung nur bestimmte, gesetzlich vorgesehene Baugebietsformen zugrundelegen, ihr verbleibt aber weiterhin die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Formen zu wählen, wenn sie die städtebauliche Entwicklung ihres Gebietes ordnet. Das gleiche gilt für die Festlegung des Umfanges der baulichen Nutzung sowie die Mindestgrösse eines Grundstücks usw. Hier hat die Gemeinde bestimmte Höchst- oder Mindestwerte zu beachten. Innerhalb dieser Grenzen ist sie jedoch imstande, die bauliche Nutzung nach eigenem Ermessen festzulegen. Sie behält dabei die Möglichkeit, die städtebauliche Entwicklung ihres Gebietes

100) Vgl. hierzu §§ 22, 23 der BaunutzungsVO.

101) Vgl. hierzu §§ 2-15 der BaunutzungsVO.

102) Siehe die Ausführungen auf S. 5 f.

103) Siehe Fussn. 15).

nach eigenen Vorstellungen zu ordnen. Die auf der Grundlage des § 2 Abs. 10 beruhenden Vorschriften nötigen sie nicht zu einer "uniform" erscheinenden Bauleitplanung. Behält die Gemeinde aber die Gestaltungsmöglichkeit, so wird ihre "Verwaltungsindividualität" in diesem Sachbereich nicht angetastet. Dass sie in der städtebaulichen Gestaltung nicht völlig frei ist, sich z. B. nicht beliebiger Baugebietsformen bedienen kann, sondern nur zwischen gesetzlich vorgegebenen "Typen" wählen darf, bedeutet keine Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts.

§ 46 Abs. 2 ermächtigt in den Regelungen der Nr. 1 und 2 zu Eingriffen in die Organisationshoheit der Gemeinde, wie schon ausgeführt. Eine derartige Einschränkung ist mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar. Sie entspricht der bisherigen geschichtlichen Entwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung nach dieser Seite hin. Die historische Betrachtungsweise bildet einen massgebenden Gesichtspunkt für die Beurteilung der Grenzen der Selbstverwaltung¹⁰⁴⁾. Eine entsprechende Würdigung ergibt folgendes: Für einige Länder hatte der Gesetzgeber vorgeschrieben, dass die Umlegung von einem Umlegungsausschuss durchzuführen war oder dass ein Ausschuss am Umlegungsverfahren mitzuwirken hatte (vgl. Art. 29, 30, 34 Abs. 1 bay. Gesetz über die Erschliessung von Baugelände¹⁰⁵⁾, § 19 Abs. 1 nieders. AufbauG, § 18 Abs. 1 nordrh. - westf. AufbauG, § 20 Abs. 1 schl. - holst. AufbauG, § 15 Abs. 1 württ. - bad. AufbauG). Teilweise hatte er auch die Zusammensetzung der Ausschüsse geregelt (vgl. Art. 27 bay. Gesetz über die Erschliessung von Baugelände, § 18 Abs. 2-5 nordrh. - westf. AufbauG, § 20 Abs. 2 schl. - holst. AufbauG, § 15 Abs. 2 württ. - bad. AufbauG). In anderen Ländern hatte der Gesetzgeber ebenfalls in die kommunale Organisationshoheit eingegriffen, indem er andere Behörden mit der Durchführung des Umlegungsverfahrens betraute (vgl. § 11

104) BVerfGE 1/167 (178); 7/358 (364); 11/266 (274); 17/172 (182).

105) G v. 4. 7. 1923, bereinigte Sammlung d. bay. Landesrechts 1802-1956 Bd. II, S. 419.

Abs. 2 bad. AufbauG; § 27 hess. AufbauG; § 27 rhld. -pflz. AufbauG¹⁰⁶⁾). Diesem vor dem Inkrafttreten des BBauG bestehenden Rechtszustand lässt sich entnehmen, dass die Einrichtung von Umlegungsbehörden sowie die Regelung ihrer Zusammensetzung und ihrer Kompetenzen nicht zum unantastbaren Bestand der gemeindlichen Selbstverwaltung gehören. Gesichtspunkte, aus denen sich das Gegenteil herleiten lässt, sind nicht gegeben. Der Bundesgesetzgeber war daher nicht gehindert, die in § 46 Abs. 2 Nr. 1 und 2 vorgesehenen Regelungen zu treffen.

Das gleiche gilt für die Ermächtigungsnorm des § 155. Sie wird durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 nicht in ihrer Rechtswirksamkeit gehindert. Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob eine Zweckmässigkeitskontrolle durch eine übergeordnete Widerspruchsbehörde in den Fällen des § 155 zulässig ist. Selbst wenn diese der Selbstverwaltungsgarantie widerspräche, so würde der Verstoss lediglich zur Ungültigkeit der betreffenden Rechtsverordnung führen, nicht aber § 155 BBauG in seinem rechtlichen Bestand berühren. Denn die ermächtigende Norm gestattet auch den Erlass einer Rechtsverordnung, nach der die Widerspruchsbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt lediglich auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen kann¹⁰⁷⁾. Letzteres ist aber unbedenklich. Der Gesetzgeber zieht demnach in § 155 den Rahmen für den Verordnungsgeber nicht so eng, dass eine auf dieser Ermächtigung fussende Rechtsverordnung das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde in jedem Falle verletzt¹⁰⁸⁾.

Als Gesamtergebnis ist festzustellen, dass die in diesem Abschnitt behandelten einschlägigen Ermächtigungsnormen rechtmässig sind, § 124 allerdings nur, soweit die nach dieser Norm zu erlassenden Vorschriften als Empfehlungen betrachtet werden.

106) Der nach § 32 rhld. -pflz. AufbauG zu bildende Umlegungsausschuss nimmt ausschliesslich die Interessen der Grundstückseigentümer wahr, übt darüber hinaus keine weiteren Funktionen aus.

107) Vgl. hierzu § 8 der ersten bad. -württ. DVO z. BBauG v. 22. 11. 1960 (GVBl. S. 174).

108) § 155 könnte noch aus einem anderen Grunde fehlerhaft sein. Nach dieser Bestimmung können die Landesregierungen das Vorverfahren in bestimmten Selbstverwaltungsangelegenheiten abweichend vom

III. Die staatliche Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung nach dem Bundesbaugesetz

a) Wie schon dargelegt, hat das Bundesbaugesetz den Gemeinden in weitem Umfange Aufgaben zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen¹⁰⁹⁾. Zugleich weist das Gesetz staatlichen Behörden eine Reihe von Befugnissen zu, die sie instand setzen sollen, den Gesetzesvollzug im örtlichen Bereich zu überwachen. Als Aufsichtsinstanz tritt die höhere Verwaltungsbehörde in Erscheinung, soweit die Landesregierungen nicht eine andere staatliche Behörde für zuständig erklären (§ 147 Abs. 2 Satz 1). Diese Behörde übt die Kontrolle durch Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalte aus; das BBauG macht nämlich die Wirksamkeit bestimmter gemeindlicher Massnahmen von der Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde abhängig. Es unterwirft die grundlegenden Entscheidungen über die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung, nämlich die Aufstellung eines Flächennutzungs- und Bebauungsplanes der Genehmigung (§ 6, § 11). Es bindet ferner plansichernde und planvollziehende Massnahmen der Gemeinde an die Genehmigung oder an die Zustimmung der Aufsichtsbehörde, nämlich den Beschluss über eine Veränderungssperre (§ 16) sowie über deren Verlängerung (§ 17), weiterhin die Belastung von unbebauten sowie von bebauten, in Sanierungsgebieten gelegenen

Grundsatz des § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO nur durch Rechtsverordnung regeln, während die VwGO ein "Gesetz", d. h. ein formelles Gesetz (so ausdrücklich Redeker/von Oertzen, Komm. z. VwGO (2.), Rdn. 2 zu § 73 i. Verb. mit Rdn. 8 zu § 68; in den übrigen Kommentaren zur VwGO nicht bestritten), vorschreibt. Gleichwohl ist § 155 nicht zu beanstanden. Der Bundesgesetzgeber war befugt, in einer bundesrechtlichen Norm eine von § 73 Abs. 1 Nr. 3 abweichende Form für besondere Regelungen des Vorverfahrens vorzuschreiben. § 73 Abs. 1 Nr. 3 VwGO bindet ihn nicht. Ebenso wie er diese Bestimmung jederzeit ändern kann, ist er in der Lage, für besondere Sachgebiete den Landesregierungen die Ausgestaltung des Vorverfahrens durch Rechtsverordnungen i. S. des Art. 80 Abs. 1 GG zu überlassen.

109) Siehe die Ausführungen auf S. 7 ff.

Grundstücken mit einem Vorkaufsrecht zugunsten der Gemeinde (§ 25, § 26). Schliesslich muss die höhere Verwaltungsbehörde zustimmen, wenn die Gemeinde Erschliessungsanlagen herstellt, ohne dass ein Bebauungsplan vorliegt (§ 125 Abs. 2)¹¹⁰⁾. Die in den §§ 19 Abs. 4, 31 Abs. 2, 36 Abs. 1 niedergelegten Zustimmungsvorbehalte sollen in diesem Zusammenhang ausser Betracht bleiben. Sie entfalten im Verhältnis von Bauaufsicht und gemeindlicher Planung eine besondere Funktion und sind in einem späteren Abschnitt zu behandeln.¹¹¹⁾

b) Bedenken gegen die im Bundesbaugesetz geregelten Aufsichtsbefugnisse können sich zunächst insofern ergeben, als das Gesetz bestimmte Maßnahmen der Gemeinde an einen Genehmigungsvorbehalt bindet. Bestünde ein in gleicher Weise geeignetes, aber weniger stark eingreifendes Aufsichtsmittel, so könnte das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffes¹¹²⁾ dem Gesetzgeber verwehren, einen Genehmigungsvorbehalt vorzuschreiben. Zu denken wäre an eine Mitteilungspflicht, die mit einer angemessenen Frist verbunden ist, innerhalb der die Aufsichtsbehörde den betreffenden gemeindlichen Beschluß überprüfen und beanstanden kann. Weiterer Inhalt der Regelung wäre, daß die Gemeinde erst nach Ablauf der Frist befugt ist, den nicht beanstandeten Beschluß zu vollziehen¹¹³⁾. Das Aufsichtsmittel wäre nur effektiv, wenn es an die Unterlassung der Mitteilung einen Rechtsnachteil knüpft. Die Rechtsfolge besteht sinnvollerweise darin, daß der nicht mitgeteilte Beschluß nicht die Fähigkeit erlangt, Grundlage vollziehender Maßnahmen zu sein. Ist hiervon auszugehen, so kommt dem dargestellten Aufsichtsmittel die gleiche "Sperrwirkung" zu wie einem Genehmigungsvorbehalt.¹¹⁴⁾ Es greift jedoch schwächer in die Rechtssphäre der gemeindlichen Selbst-

110) Das gleiche gilt, wenn ein anderer Erschliessungsträger tätig wird; diese Alternative hat nach der vorliegenden Themenstellung jedoch ausser Betracht zu bleiben.

111) Siehe die Ausführungen auf S. 103 ff.

112) Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 19.

113) Vgl. z. B. § 121 Abs. 2 bad.-württ. GemO.

114) Vgl. auch Gönnerwein, a. a. O., S. 185.

verwaltung ein, soweit es sich um die Fristenregelung handelt. Nach Ablauf der Frist wird der mitgeteilte Beschluß ipso iure vollzugsfähig, ohne daß es einer Entscheidung der Aufsichtsbehörde bedarf. Demgegenüber ist die Gemeinde in den Genehmigungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz darauf angewiesen, daß die höhere Verwaltungsbehörde zustimmt. Zwar ist nach § 6 Abs. 4 über die Genehmigung innerhalb einer bestimmten Frist - grundsätzlich binnen drei Monaten - zu entscheiden. Aber diese Vorschrift enthält keine Aussage über die Folgen einer Nichtentscheidung; die Gemeinde muß notfalls die Genehmigung im Klagewege erstreiten ¹¹⁵⁾. Es fragt sich weiter, ob beide Aufsichtsmittel die gleiche Eignung besitzen. Besteht die dargestellte Mitteilungspflicht, so ist die staatliche Behörde genötigt, innerhalb einer bestimmten Frist zu entscheiden. Sie steht damit unter einem gewissen Zeitdruck. Dieser Umstand wäre möglicherweise dann unbeachtlich, wenn den gemeindlichen Entscheidungen, die mitteilungspflichtig zu machen wären, ausnahmslos einfache Sachverhalte zugrunde lägen. Das trifft jedoch nicht einmal zu für den Beschluß, eine Veränderungssperre zu verhängen oder zu verlängern (§§ 16, 17), ebenso nicht für den Beschluß, unbebaute Flächen oder Sanierungsgebiete mit einem Vorkaufsrecht zu belasten (§§ 25, 26). Die zwingende Fristenregelung könnte sich vor allem nachteilig bei der Kontrolle von Bauleitplänen auswirken. Hier hat die Aufsichtsbehörde unter Umständen zahlreiche Bedenken der vom vorgelegten Plan Betroffenen zu prüfen (§ 2 Abs. 6 Satz 5). Müßte sie unter der Drohung des Fristablaufs entscheiden, so wäre die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs, im Planaufstellungsverfahren Bedenken vorzubringen (§ 2 Abs. 6 Satz 4), in Frage gestellt. Aus diesen Erwägungen folgt, daß dem Aufsichtsmittel der Mitteilungspflicht eine geringere Eignung zukommt als dem im Bundesbaugesetz vorgesehenen Genehmigungsvorbehalt. Demnach hinderte das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffes den Gesetzgeber nicht, die letztgenannten Aufsichtsbefugnisse einzuführen.

115) Heitzer/Oestreicher, Bundesbaugesetz, Anm. 3 zu § 6; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 4 zu § 6; Schrödter, a. a. O., Rdn. 10 zu § 6.

c) Im Hinblick auf das verfassungskräftig gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden scheinen die in den §§ 6, 11, 16 Abs. 1 vorgesehenen Aufsichtsmittel in ihrer inhaltlichen Reichweite unproblematisch zu sein. Die nach diesen Vorschriften zu erteilende Genehmigung darf nämlich nur dann versagt werden, wenn die genehmigungsbedürftige Entscheidung der Gemeinde "nicht ordnungsgemäss zustande gekommen ist oder diesem Gesetz, den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht" (§ 6 Abs. 2). Es wird allgemein angenommen, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung die staatliche Behörde auf eine Rechtmässigkeitskontrolle festgelegt hat ¹¹⁶⁾. Eine derartige Aufsicht begegnet keinen Bedenken. Eine nähere Betrachtung der im Rahmen des § 6 Abs. 2 zu berücksichtigenden materiellen Prüfungsnormen erweckt jedoch Zweifel. Die höhere Verwaltungsbehörde hat die von der Gemeinde vorgelegten Bauleitpläne u. a. daraufhin zu würdigen, ob sie sich nach den "sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung" richten, ob sie die "Bedürfnisse der Wirtschaft und des Verkehrs" beachten und ob sie den "Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes" dienen (§ 1 Abs. 4, 5). Diese und andere in § 1 Abs. 4 und 5 aufgeführten Tatbestandsmerkmale sind so unbestimmt, dass sie der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit geben, eine bis in Zweckmässigkeitserwägungen hineinreichende Kontrolle auszuüben. Manche Autoren sehen dieses Problem insofern, als sie nur bei groben Verstössen gegen die genannten Planungserfordernisse die Versagung der Genehmigung zulassen ¹¹⁷⁾. Ernst spricht von einer "Ausweitung der Rechtsaufsicht durch Ausweitung der rechtlichen Gesichtspunkte" ¹¹⁸⁾, Baumeister gibt zu, dass eine auf § 1 Abs. 4 und 5 fussende Aufsicht

116) Aus der Fülle des Schrifttums vgl. Grauvogel in Brügemann u. a., a. a. O., Anm. I 2 zu § 6; Hering, DVBl. 61/220; Jensen DÖV 61/565; Schröder, a. a. O., Rdn. 4 zu § 6; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 1 zu § 6; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 11 zu § 6.

117) Güldenpfennig, DWW 61/163; J. Wolff, BBauG, S. 110.

118) Ernst, DVBl. 60/349; ebenso Fr. H. Müller, "Der Gemeindetag", 60/220.

über die Planung "in der Praxis sehr intensiviert" werden könne¹¹⁹⁾. Halstenberg meint, die in § 1 aufgestellten Erfordernisse liessen einen so weiten Spielraum zu, dass "entweder eine konkretisierbare Rechtsbindung überhaupt zu leugnen und damit der Genehmigungsvorbehalt zur Form entleert" sei "oder aber doch die durch den Gesetzeswortlaut ausgeschlossene Überprüfung in der Ermessenskontrolle angestrebt" werde¹²⁰⁾. Es ist nicht zu verkennen, dass die unbestimmt gefassten Planungserfordernisse des § 1 Abs. 4 und 5 eine Aufsicht zulassen, die über die Nachprüfung von Rechtsfehlern hinausgehen kann. Hier stellt sich die Frage, ob eine einschränkende Auslegung in dem Sinne geboten ist, dass nur eine grobe Nichtbeachtung der in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG genannten Gesichtspunkte die Ablehnung der Genehmigung rechtfertigt. Nur ein grober Verstoss wäre danach ein Rechtsfehler, den die höhere Verwaltungsbehörde bei einer Gesetzmässigkeitskontrolle zu berücksichtigen hätte.

Die Frage nach der Reichweite der Aufsicht stellt sich ebenfalls für die Genehmigungsvorbehalte nach § 25 und § 26, hier jedoch unter einem anderen Blickwinkel. Im Vergleich zu den Vorbehalten der §§ 11, 16 Abs. 1 besteht der Unterschied, dass im Gesetz nicht auf den Prüfungsrahmen des § 6 Abs. 2 verwiesen wird. Besondere Gesichtspunkte, unter denen die höhere Verwaltungsbehörde die Belastung von Grundstücken mit einem Vorkaufsrecht der Gemeinde zu beurteilen hat, sind nicht normiert. Es ist daher der Schluss möglich, der Gesetzgeber habe hier der Aufsichtsbehörde ein uneingeschränktes Prüfungsrecht eingeräumt. Damit hätte er eine Fachaufsicht eröffnet. Andererseits ist auch denkbar, dass die Aufsichtsbehörde den Beschluss der Gemeinde, für bestimmte Flächen ein Vorkaufsrecht vorzusehen, lediglich auf eine rechtsfehlerhafte Ausübung ihres Ermessens hin nachprüfen darf, z. B. auf einen Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels. Nur in derartigen Fällen dürfte dann die Genehmigung verweigert werden.

119) Baumeister, DWW 61/160.

120) Halstenberg, Der Landkreis, 61/324.

Es fragt sich, ob sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften des BBauG Gesichtspunkte ableiten lassen, die für eine begrenzte Aufsicht sprechen. Die Betrachtung der Grundsatznorm des § 2 Abs. 1 hat ergeben, dass die Eigenständigkeit der Gemeinde in der Bauleitplanung in stärkerem Masse als nach früherem Recht herausgestellt worden ist ¹²¹⁾. Dieses Bild rundet § 147 Abs. 1 ab. Danach kann eine der Gemeinde nach diesem Gesetz obliegende Aufgabe nur im Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde, d. h. mit deren Zustimmung ¹²²⁾, auf eine andere Gebietskörperschaft oder auf einen Verband übertragen werden, an dessen Willensbildung die Gemeinde mitwirkt. Eine dem § 147 Abs. 1 entsprechende Regelung findet sich in den Aufbaugesetzen der Länder nicht. Für das Land Nordrhein-Westfalen sah § 2 Abs. 2 AufbauG unter bestimmten Voraussetzungen sogar ausdrücklich die Entziehung von Aufgaben ohne Zustimmung der Gemeinde vor. Die ausgeprägte Stellung der gemeindlichen Selbstverwaltung zeigt sich ferner bei der Erledigung baupolizeilicher Aufgaben. Sofern die Gemeinde nicht selbst Baugenehmigungsbehörde ist, darf in den Fällen der §§ 19, 31, 36, 14 Abs. 2 eine Genehmigung oder eine Ausnahmegewilligung nur im Einvernehmen mit der Gemeinde erteilt werden; eine entsprechende Beteiligung kannte das frühere Recht nicht ¹²³⁾. Wird im BBauG der Selbstverwaltungsgedanke in dieser Weise allseitig betont, so entspricht dem eine auf Feststellung von Rechtsfehlern begrenzte Aufsicht über die Gemeinde. Die Ausgangsfrage ist daher einschränkend zu beantworten.

d) Darüber hinaus soll untersucht werden, ob das Grundgesetz die nach dem BBauG statuierte Rechtskontrolle zwingend erfordert. Wäre dieser Schritt verfassungsrechtlich nicht geboten, so könnte

121) Siehe die Ausführungen auf S. 7 f.

122) Halstenberg, DÖV 61/570 f.; Meyer in Brügelmann u. a., Anm. I 10 zu § 147.

123) Vgl. § 4 Wohnsiedlungsg v. 22. 9. 33, RGBl. I S. 659, geändert d. G. v. 27. 9. 38, RGBl. I S. 1246, einerseits und § 19 Abs. 4 BBauG andererseits.

der Bundesgesetzgeber die Planungsaufsicht ausweiten. Ein derartiges Vorhaben liegt nicht jenseits aller Wahrscheinlichkeit. Mit steigender Bevölkerungsdichte nimmt die Verflechtung kommunaler Räume zu. Hier stände zwar der zwangsweise gebildete Planungsverband als Ordnungsmittel zur Verfügung. Letzteres gilt, wie ausgeführt, jedoch nur für die vorbereitende Bauleitplanung. Die verbindliche Planung böte sich als Feld für die Fachaufsicht an. Ganz allgemein gesehen, wäre diese Form der Aufsicht ein wirkungsvolles Mittel, um die Vorstellungen der überörtlichen Gemeinschaft im örtlichen Bereich zur Geltung zu bringen.

Von diesem Ausgangspunkt her ist zu fragen, ob die Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes eine auch auf Überprüfung von Zweckmässigkeitserwägungen ausgerichtete Aufsicht im Sachbereich des BBauG zulässt.

1) Im Gegensatz zu den landesverfassungsrechtlichen Garantien ¹²⁴⁾ nimmt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht ausdrücklich zur staatlichen Aufsicht über die Gemeinden Stellung. In den Beratungen des Parlamentarischen Rates wurde dieser Gegenstand nicht erörtert ¹²⁵⁾. Die Zulässigkeit einer Fachaufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten in Form von Genehmigungsvorbehalten wäre zu bejahen, sofern Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde ausschliesslich in seinem überkommenen Bestande schützt. Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes sind nämlich Genehmigungsvorbehalte, die mit einer Zweckmässigkeitskontrolle gekoppelt waren, als rechtmässig angesehen worden. Mit dieser Erwägung hat der StGH für Rheinland-Pfalz derartige Aufsichtsbefugnisse unter der Herrschaft des Grundgesetzes gerechtfertigt ¹²⁶⁾. Dieser Auffassung

124) Art. 75 Abs. 1 bad. -württ. Verf.; Art. 83 Abs. 4 bay. Verf.; Art. 137 Abs. 3 hess. Verf.; Art. 44 Abs. 5 nieders. Verf.; Art. 78 Abs. 4 nordrh. -westf. Verf.; Art. 49 Abs. 3 rhld. -pflz. Verf.; Art. 39 Abs. 3 schl. -holst. Verf.; Art. 127 saarl. Verf.

125) Vgl. v. Doemming/Füsslein/Matz, Jahrbuch d. öff. Rechts n. F. Bd. 1, S. 253 ff.

126) StGH Rheinland-Pfalz, VRspr. 3/529 (531).

kann nicht gefolgt werden. Die geschichtliche Entwicklung des Selbstverwaltungsrechts ist zwar bei der Beurteilung des schutzwürdigen Umfanges dieses Rechtes zu berücksichtigen¹²⁷⁾. Sie ist aber nicht allein massgebend; eine ausschliesslich historisch bestimmte, auf eine stillschweigende Rezeption durch das Grundgesetz abstellende Auslegung wäre ein Mittel, "die in die Zukunft weisenden Grundentscheidungen der Verfassung zu schmälern oder gar umzukehren"¹²⁸⁾. Auch bei dieser Verfassungslage bildet die historische Betrachtungsweise einen Beurteilungsmaßstab, wenn einzelne Erscheinungsformen der gemeindlichen Selbstverwaltung zu fixieren sind. Die staatlichen Interventionsbefugnisse im BBauG finden ihre Vorgänger in den Aufbaugesetzen der Länder. Schon diese Gesetze stellten vorbereitende und verbindliche städtebauliche Pläne der Gemeinden unter Genehmigungsvorbehalte (vgl. § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 3 bad. AufbauG, § 8 Abs. 4 hess. AufbauG, § 7 Abs. 3, § 11 Abs. 2 nieders. AufbauG, § 7, § 11 Abs. 2 nordrh. -westf. AufbauG, § 7 Abs. 1, § 19 Abs. 2 rhld. -pflz. AufbauG, § 7 Abs. 1, § 11 Abs. 1 schl. -holst. AufbauG). Diesen Aufsichtsbefugnissen war nicht die Regelung mitgegeben, dass eine Genehmigung nur versagt werden darf, wenn die genehmigungsbedürftige Massnahme gesetzliche Vorschriften verletzt. Das Fehlen einer derartigen Prüfungsklausel sowie die in diesen Gesetzen schwächer betonte Planungshoheit¹²⁹⁾ gestattet die Feststellung, dass die Aufbaugesetze Raum für eine Fachaufsicht über die planende Gemeinde liessen. Gleichwohl kann hieraus nicht gefolgert werden, beim Inkrafttreten des BBauG sei eine unbeschränkte Planungsaufsicht herkömmlich gewesen. Einer derartigen Entwicklung stand das Verfassungsrecht der Länder entgegen. Die entsprechenden Selbstverwaltungsgarantien sehen eine Rechtsaufsicht vor¹³⁰⁾. Sie erfassen auch die landesrechtlichen Genehmigungsvorbehalte mit der Wirkung, dass diese ver-

127) Siehe Fussn. 104.

128) Kl. Müller, VerwArch. 54 (1963)/195.

129) Siehe die Ausführungen auf S. 7 f., insbes. die gesetzlichen Regelungen unter Fussn. 20.

130) Siehe Fussn. 124.

fassungskonform im Sinne einer Gesetzmässigkeitskontrolle ausgelegt werden müssen¹³¹⁾. Hieraus kann aber andererseits nicht zwingend geschlossen werden, beim Inkrafttreten des BBauG sei die planende Gemeinde lediglich der Kommunalaufsicht¹³²⁾ unterworfen gewesen. Klare gesetzgeberische Entscheidungen in diesem Sinne fehlten. Die Rechtsprechung beantwortete die Frage nach der zulässigen Reichweite landesrechtlicher Genehmigungsvorbehalte unterschiedlich¹³³⁾. Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass eine unter den dargestellten Aspekten vorgenommene entwicklungsgeschichtliche Beurteilung keine für die Ausgangsfrage wesentlichen Gesichtspunkte erbringt.

2) Eine Gruppe von Autoren leitet aus der Fassung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, aus allgemeinen Verfassungsgrundsätzen sowie aus begrifflichen Erwägungen die Forderung nach einer ausnahmslos durchzuführenden Kommunalaufsicht ab. Nach Art. 28 Abs. 2 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen des Gesetzes in eigener Verantwortung" zu regeln. Maunz bezieht den Gesetzesvorbehalt ausschliesslich auf den vorhergehenden Satzteil: "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" und sagt zur Begründung, der mit den Worten "eigene Verantwortung" in Verbindung gebrachte Gesetzesvorbehalt sei sprachlich und auch sachlich kaum zu verstehen, "denn es hätte keinen rechten Sinn, zwar alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft durch Gesetze unantastbar den Gemeinden zu belassen, aber das Mass der Verantwortung, das den Gemeinden bei der Ausführung dieser Aufgaben zukommt, und damit das Mass der Entscheidungsfreiheit beliebig durch Gesetze einzuschränken¹³⁴⁾. Aus dem Wort-

131) Gönnenwein in Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 525 f.; Kl. Müller, a. a. O., S. 196 f.

132) Dieser Begriff wird hier im Sinne der Gesetzmässigkeitskontrolle verstanden.

133) Für die Zweckmässigkeitskontrolle: StGH Rheinland-Pfalz, a. a. O.; OVG Münster, OVGE 8/331 (333 ff.); VG Kassel, DVBl. 54/91 f. Für eine Gesetzmässigkeitskontrolle: OVG Lüneburg, Der Städte- tag 51/400; LVG Rheinland-Pfalz, DÖD, Ausgabe B, 50/38 f.

134) Maunz in Maunz/Dürig, a. a. O., Rdn. 31 zu Art. 28.

laut des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt sich jedoch nicht zwingend, dass der Gesetzesvorbehalt allein für den vorhergehenden Satzteil gilt. Es kann auch auf die Worte "in eigener Verantwortung" oder auf beide Wortgruppen bezogen werden ¹³⁵⁾. Darüber hinaus geht Maunz von einer unrichtigen Alternative aus: Sei die Eigenverantwortlichkeit ausnahmslos gewährleistet, dann habe die gemeindliche Selbstverwaltung einen Sinn, werde jedoch eine Einschränkungsmöglichkeit eröffnet, dann sei die Selbstverwaltung "beliebigem" Zugriff ausgesetzt. Eine Begrenzung der eigenverantwortlichen Verwaltung muss noch nicht zur letztgenannten Konsequenz führen. Art. 28 Abs. 2 GG stellt in seinem Wortlaut, verglichen mit Art. 127 der Weimarer Verfassung ¹³⁶⁾, den Selbstverwaltungsgedanken stark heraus; dem entspricht, dass grundsätzlich nur eine auf Nachprüfung von Rechtsfehlern gerichtete Aufsicht über die Gemeinde zulässig ist ¹³⁷⁾. Insoweit sind Folgerungen aus der Fassung des Art. 28 Abs. 2 GG zu ziehen, weitergehende Schlüsse jedoch nicht.

Barocka tritt ebenfalls für eine reine Rechtsaufsicht ein, rechtfertigt diese zusätzlich "aus der freiheitlichen Grundordnung unseres Staatsaufbaues" ¹³⁸⁾. Es erscheint schon zweifelhaft, ob dieser allgemeine Gesichtspunkt überhaupt eine tragfähige Begründung abgibt. Selbst wenn das der Fall wäre, so würde er allenfalls das Gebot einer grundsätzlich durchzuführenden Gesetzmässigkeitskontrolle stützen können.

Barion führt begriffliche Erwägungen ins Feld; er sagt, "Selbstverwaltung als Regeln in eigener Verantwortung schliesst begrifflich die Freiheit in sich, von mehreren sachlich gleich möglichen Wegen zur Erledigung einer 'Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft' den zu wählen, der dem Selbstverwaltungsträger angemessen oder auch nur angemessener erscheint". Eine gesteuerte Selbstverwaltung sei im eigentlichen Sinne eine Contradictio in adiecto ¹³⁹⁾. Die Wahl-

135) v. Mangoldt/Klein, a. a. O., S. 707.

136) Art. 127 WeimVerf.: "Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze".

137) BVerfGE 6/104 (118).

138) Barocka, DVBl. 63/709.

139) Barion, Der Staat, 64/23.

freiheit in dem von Barion gemeinten Sinn ist unverkennbar Wesensmerkmal der Eigenverantwortlichkeit. Nur, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährt die Eigenverantwortlichkeit nicht ausnahmslos, wie schon ausgeführt. Barion geht ebenso wie Maunz von einer unrichtigen Alternative aus. Eine ausnahmsweise zulässige Fachaufsicht lässt die Selbstverwaltung nicht schon zur "gesteuerten" Selbstverwaltung werden. Diese Erwägungen gelten auch gegenüber der Ansicht von Stern, soweit sie sich auf Barions Überlegungen stützt.

Darüber hinaus meint Stern, allein eine Rechtskontrolle entspreche der Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG, er sagt: "Es gehört zum Wesensgehalt der Selbstverwaltung, dass jede Gemeinde sich ihre eigene, d.h. selbstgeprägte, kommunale Existenz schafft, die gerade im politischen Gestaltungsraum Freiheit von staatlichen Eingriffen besitzen muss, soweit nicht Rechtsverletzungen in Rede stehen" ¹⁴⁰⁾. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die "Gemeindeindividualität" Kennzeichen eigenverantwortlicher Verwaltung im örtlichen Bereich ist ¹⁴¹⁾ und ihre Beseitigung daher das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde im Kern verletzen würde. Dagegen gebietet der Schutz des Kernbereiches nicht, dass die "Gemeindeindividualität" schlechthin unangetastet bleibt.

Schweer leitet eine reine Gesetzmässigkeitskontrolle aus der Integrität der "Person" Gemeinde gegenüber dem Staat ab. Im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten könne die Gemeinde als Person nur an formelle Rechtsnormen gebunden werden, eine Zweckmässigkeitskontrolle sei mit ihrer "Personenhaftigkeit" unvereinbar ¹⁴²⁾. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Gemeinde im Selbstverwaltungsbereich als "Rechtssubjekt" ¹⁴²⁾ handelt. Sie ist in dieser Eigenschaft dem Bürger, einer natürlichen Person, vergleichbar, insbesondere im Hinblick auf den Rechtsschutz ¹⁴³⁾. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht gefolgert werden, Art. 28 Abs. 2 lasse allein die

140) Stern, a. a. O., Rdn. 125 zu Art. 28.

141) Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 41.

142) Schweer, DVBl. 56/703.

143) Baring, Der Städtetag n. F. 52/106.

Kommunalaufsicht zu. Wie schon dargelegt, eröffnet der Gesetzesvorbehalt die Möglichkeit, eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Fachaufsicht einzuführen.

Als Ergebnis dieser Überlegungen ist zu vermerken, dass sich aus Art. 28 Abs. 2 GG, insbesondere über begriffliche Erwägungen ¹⁴⁴⁾, das Prinzip einer ausnahmslos durchgeführten Kommunalaufsicht nicht begründen lässt.

3) In der Rechtsprechung und im Schrifttum werden Auffassungen vertreten, die vom Grundsatz der Gesetzmässigkeitskontrolle ausgehen und Gesichtspunkte für weiterreichende Ausnahmeregelungen entwickeln.

Der VerfGH für Nordrhein-Westfalen rechtfertigte Genehmigungsvorbehalte, die eine Zweckmässigkeitskontrolle erlauben, unter anderem mit der Begründung, sie seien "verständige" Mittel, nämlich geeignet, "das Wohl der Gemeinde im Einklang zu halten mit den bonum commune" ¹⁴⁵⁾. Dieser Masstab ist nicht brauchbar. Der vom VerfGH entwickelte Grundsatz bedeutet praktisch nur einen Ausschluss willkürlicher Einschränkungen ¹⁴⁶⁾. Er würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehren und damit die prinzipiell gewährleistete Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde aufheben.

Elleringmann räumt dem Staat die Befugnis zur Zweckmässigkeitskontrolle für solche Selbstverwaltungsaufgaben ein, bei denen das "Fachlich-Gegenständliche" im Vordergrund stehe. Kennzeichnend für diese Aufsicht sei ihre Regelung in einem Sondergesetz. Der Staat verfolge hier eine Tätigkeit, die der Fachaufsicht in Auftragsangelegenheiten stark angenähert sei ¹⁴⁷⁾. Eine derartige "Sonderaufsicht" stelle gegenüber der Kommunalaufsicht, die sich auf das gesamte kommunale Dasein der Gemeinde beziehe, die Ausnahme

144) Ebenso OVG Münster, OVGf 8/290 (298).

145) VerfGH Nordrhein-Westfalen 9/74 (83).

146) So mit Recht Lerche, Übermass u. Verfassungsrecht, S. 247, Fussn. 347.

147) Elleringmann, Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, S. 83 f.

dar ¹⁴⁸⁾. Nach der von Elleringmann entwickelten Auffassung wären die Genehmigungsvorbehalte des BBauG typische Fälle einer Sonderaufsicht. Diese Lehre begegnet jedoch den gleichen Bedenken wie diejenige des VerfGH Nordrhein-Westfalen; sie wird dem Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht gerecht. In steigendem Umfange erfüllen die Gemeinden heute in eigener Verantwortung Aufgaben, die ihnen durch besondere Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen sind, während der Umfang der "allgemeinen" Kommunalverwaltung gleichbleibt. Die Entwicklung spiegelt sich im Bereich des Aufsichtsrechts wider. Die Zahl der sondergesetzlich geregelten Genehmigungsvorbehalte übertrifft diejenige der übrigen Vorbehalte. Während die letztere Gruppe zahlenmässig abnimmt, ist eine rückläufige Tendenz bei der ersteren Gruppe nicht festzustellen ¹⁴⁹⁾. Nach alledem kann von einer Ausnahmeerscheinung in dem von Elleringmann gemeinten Sinne nicht die Rede sein. Der von ihm entwickelte Beurteilungsmaßstab ist daher nicht brauchbar.

Eine andere Auffassung bejaht ebenfalls die Kommunalaufsicht im Grundsatz, nimmt aber an, dass Genehmigungsvorbehalte ihrem Wesen und Zweck nach nicht an eine begrenzte Kontrolle gebunden werden könnten ¹⁵⁰⁾. Weber meint, der "prophylaktische oder präventive Charakter" derartiger Aufsichtsmittel lasse eine Beschränkung nicht zu ¹⁵¹⁾. Es ist nicht zu leugnen, dass eine Zweckmäßigkeitskontrolle dem Genehmigungsvorbehalt grössere Wirkung verleiht. Das folgt jedoch nicht zwingend aus dem Wesen und Zweck eines vorbeugend wirkenden Aufsichtsmittels. Die Genehmigung gemeindlicher Massnahmen behält auch dann ihren Sinn, wenn sie mit einer lediglich auf Rechtsfehler gerichteten Prüfung verbunden ist.

148) Elleringmann, a. a. O., S. 46 f.

149) Hofmann in Bd. 19 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, S. 89.

150) VerfGH Rheinland-Pfalz, VRspr. 3/529 (530); ursprünglich auch Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 44 (später anders in Bd. 19 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, S. 29).

151) Weber, a. a. O., S. 44.

Der Abgrenzungsgesichtspunkt ist noch aus einem anderen Grunde fragwürdig. Nach Webers Ansicht sollen repressive Aufsichtsmittel auf eine Gesetzmässigkeitskontrolle begrenzt sein, präventive dagegen nicht. Diese Trennung lässt sich nicht durchführen. Mit Recht hebt Gönnerwein hervor, dass bestimmte Aufsichtsmittel sowohl präventiv als auch repressiv verwendet werden können, wie z. B. das Informationsrecht und die Bestellung eines Beauftragten¹⁵²⁾. Der hier behandelte Gesichtspunkt scheidet daher ebenfalls aus.

Eine neuerdings im Vordringen begriffene Lehre lässt eine Zweckmässigkeitsprüfung des Staates im Bereich sog. "Gemeinschaftsaufgaben" zu. Neben den Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten gebe es eine dritte Zone, die Weber als Bereich der "res mixtae" bezeichnet¹⁵³⁾. Gemeint sind Sachgebiete, bei denen der Staat neben der Gemeinde eigene Interessen verfolge und infolgedessen als gleichberechtigt mitwirkender Partner, nicht als Aufsichtsinstanz auftrete. Entsprechende Genehmigungsvorbehalte seien "kommunal-staatliche Doppelakte"; in der gleichen Weise wie der Gemeinde stehe dem Staat die Befugnis zu, den der Genehmigung zugrunde zu legenden Sachverhalt nach Zweckmässigkeitserwägungen zu beurteilen^{153) 154)}. Die kommunale Bauleitplanung fiele nach dieser Auffassung in den Bereich der "res mixtae", da sich hier örtliche und überörtliche Planungsinteressen durchdringen¹⁵⁵⁾ mit der Folge, dass eine unbeschränkte Nachprüfung gemeindlicher Planungsentscheidungen statthaft wäre. Art. 28 Abs. 2 GG nimmt zur Zulässigkeit eines "staatlich-kommunalen Kondominiums"¹⁵⁶⁾ nicht ausdrücklich Stellung. Gleichwohl lassen sich aus dieser Ver-

152) Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 203.

153) Weber, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Bd. 19 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, S. 30.

154) Ähnlich Salzwedel, Archiv für Kommunalwissenschaften, 60/206; OVG Münster, OVGE 19/192 (196 f.).

155) Weber, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, a. a. O., S. 31 f.

156) Diesen Ausdruck verwendet Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 45.

fassungsnorm Beurteilungsmasstäbe ableiten. Aus dem Kreis aller die Gemeinde angehenden Angelegenheiten hebt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eindeutig die Selbstverwaltungsangelegenheiten heraus, d. h. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die in eigener Verantwortung von den Gemeinden zu erledigen sind. Diese Aussage lässt den Schluss zu, dass dem Verfassungsgeber eine klare Trennung zwischen Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft einerseits und denjenigen der überörtlichen Gemeinschaft andererseits vorgeschwebt hat. Soweit die grössere Gemeinschaft das Bestreben hat, ihre Vorstellungen im örtlichen Raum zur Geltung zu bringen, kann dies "im Rahmen der Gesetze" geschehen. Eine "Mischverwaltung" in dem dargestellten Sinne lässt sich in dieses System nicht einordnen, da sie gerade eine klare Kompetenzabgrenzung zwischen Staat und Gemeinde vermissen lässt. Ein weiterer Gesichtspunkt gegen die Zulässigkeit dieser Verwaltungsform ergibt sich aus der ratio legis des Art. 28 Abs. 2. Dem Verfassungsgeber erschien die gemeindliche Selbstverwaltung in hohem Masse schutzwürdig, er hat dies in der grundgesetzlichen Garantie entsprechend zum Ausdruck gebracht, wie ein Vergleich mit der wesentlich farbloseren Formulierung des Art. 127 der Weimarer Verfassung zeigt¹⁵⁷⁾. Ein wirksamer Schutz bedingt aber, dass der Umfang der Selbstverwaltung eindeutig festgelegt ist. "Mischverwaltungen" lassen diese Grenzen fließend werden. Sie führen faktisch zu einer Erweiterung staatlicher Kompetenzen auf Kosten der Gemeinde, da der Staat der mächtigere Partner ist. Angesichts dieser Gefahren hätte es nahegelegen, ein "staatlich-kommunales Kondominium" als Verwaltungsform kraft ausdrücklicher verfassungskräftiger Anordnung zuzulassen. Für die dritte Aufgabenkategorie lässt sich auch keine historische Legitimation finden, wie Weber meint¹⁵⁸⁾. Die vielfach vor dem Grundgesetz geschaffenen Landesverfassungen gehen von einem einheitlichen Begriff der Aufsicht aus, der sämtliche staatlichen Interventionsbefugnisse umfasst¹⁵⁹⁾. Weber ist

157) Siehe Fussn. 136).

158) Weber, Staats- und Selbstverwaltung i. d. Gegenwart, S. 45.

159) Siehe Fussn. 131).

der Ansicht, den Landesverfassungen seien die jeweiligen Gemeindeordnungen zugrunde zu legen; aus den letzteren ergebe sich eine Trennung von Aufsicht und "echter" staatlicher Mitwirkung bei der Erledigung von Kommunalaufgaben¹⁵⁸⁾. Es ist schon zweifelhaft, ob überhaupt einfaches Gesetzesrecht zur Interpretation von Verfassungsnormen herangezogen werden kann. Darüber hinaus sind die landesverfassungsrechtlichen Garantien erkennbar in dem Bestreben geschaffen worden, staatliche Eingriffe in die gemeindliche Eigenverantwortung zurückzudrängen. Die weitgehenden unter der Herrschaft des Dritten Reiches gewachsenen Eingriffsmöglichkeiten sollten beseitigt werden. Diese Zielrichtung schliesst aber die Annahme einer neben der staatlichen Aufsicht stehenden, von den landesverfassungsrechtlichen Garantien nicht erfassten Staatsgewalt aus¹⁶⁰⁾.

In diesem Zusammenhang ist auf einen Gesichtspunkt einzugehen, den das OVG Münster in einer Entscheidung verwertete, die eine Abgrenzungsfrage zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG behandelte. Das Gericht rechnete die im nordrh.-westf. Ordnungsbehördengesetz¹⁶¹⁾ geregelten Pflichtaufgaben nach Weisung weder den Selbstverwaltungs- noch den Auftragsangelegenheiten, sondern einer dritten, nicht näher bestimmten Aufgabengruppe zu. Es legte seinem Spruch eine Rechtsentwicklung zugrunde, die sich "in der Aufweichung des klaren Systems, in der Bildung von begrifflichen Mischkategorien" äussere¹⁶²⁾. Art. 28 Abs. 2 GG werde nicht berührt, da die Aufgaben nach dem genannten Gesetz ausserhalb dieser Garantie stünden¹⁶²⁾. Das OVG Münster verneint eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts damit, dass sich die betreffende Aufgabe nicht in das herkömmliche System Selbstverwaltungs-/Auftragsangelegenheiten einordnen lasse, keine Obliegenheit der Selbstverwaltung sei, ohne dabei in eine materiellrechtliche Prüfung einzutreten. Es hält danach extra legem gebildete

160) Im Ergebnis ebenso Gönnerwein in Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 526 f.; Stern, a. a. O., Rdn. 137 zu Art. 28.

161) G. v. 6. 11. 56 (GVBl. S. 289).

162) OVG Münster, OVGf. 13/356 (359 f.).

Mischkategorien für zulässig. Dieser Gedanke liesse sich auch für den hier einschlägigen Sachbereich verwenden. Im Bereich der städtebaulichen Planung sowie der übergeordneten Raumordnung wird neuerdings sehr viel von "Gemeinschaftsaufgaben" zwischen Gemeinden und Ländern gesprochen. Entsprechend dem Gedankengang des OVG Münster liesse sich argumentieren, "Mischverwaltungen" auf diesem Sachgebiet seien zulässig, da Art. 28 Abs. 2 diese Institute nicht erfasse, sich vielmehr ausschliesslich auf das bei seinem Inkrafttreten bestehende "klare System" beziehe. Eine derartige Begründung ist unhaltbar. Sie würde eine Rechtsentwicklung legitimieren, die im Ergebnis einem stillschweigenden Verfassungswandel mit seinen gefährlichen Folgen¹⁶³⁾ gleichkäme. Die Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes erfasst auch später gebildete Rechtsformen. Die hier erörterte "Mischkategorie" ist daher an ihr zu messen. Die verfassungsrechtliche Würdigung ergibt aber, wie schon ausgeführt, ihre Unzulässigkeit.

Nach allem ist die "res mixtae"-Lehre abzulehnen.

Ist die verfassungsrechtliche Ausgangsfrage unter dem Blickwinkel des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu betrachten, so bietet sich ein Gedanke an, den das BVerfG im "Apotheken"-Urteil zu Art. 12 GG in Form der sog. "Stufen" -Theorie entwickelt hat¹⁶⁴⁾. Bei der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit sei zwischen der Freiheit der Berufswahl und der Freiheit der Berufsausübung zu unterscheiden. Letztere sei einschränkbar, sofern vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmässig erscheinen liessen, erstere nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter. Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssten stets auf der "Stufe" vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringe, die nächste Stufe dürfe der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden könne, dass die befürchteten Gefahren mit

163) Hamann, a. a. O., Einführung, S. 7.

164) BVerfGE 7/377 ff.

den verfassungsmässigen Mitteln der vorhergehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden könnten¹⁶⁵⁾. Auf das Verhältnis gemeindliche Selbstverwaltung - Staatsaufsicht übertragen, bedeuteten diese Grundsätze folgendes: Die überörtliche Gemeinschaft besitzt Aufsichtsmittel verschiedener Intensität, um ihre Vorstellungen im örtlichen Raum zur Geltung zu bringen, nämlich solche, die mit einer Gesetzmässigkeitskontrolle gekoppelt sind, und solche, die zusätzlich eine Zweckmässigkeitsprüfung erlauben. Im Normalfall wären Aufsichtsmittel mit der geringeren Eingriffsintensität angemessen. Weitergehende Befugnisse wären nur dann am Platze, wenn die überörtliche Gemeinschaft ein überragend wichtiges Interesse an der Mitgestaltung der gemeindlichen Belange habe. Die entsprechend angewandte "Stufen"-Theorie ergäbe, dass es dem Gesetzgeber verwehrt sei, im Normalfall eine Fachaufsicht vorzusehen. Eine Ausnahmelage könnte im Bereich der städtebaulichen Planung vorliegen, soweit die Aufsicht über die Planung in Verflechtungsräumen ausgeübt wird. Das braucht jedoch nicht näher untersucht zu werden. Denn die vom BVerfG entwickelte Lehre kann hier nicht übernommen werden. Bei Art. 12 GG lassen sich die verschiedenen Schutzbereiche aus dem verfassungsrechtlich normierten Aufbau dieses Grundrechts ableiten. Eine entsprechende Differenzierung hat die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG aber nicht aufzuweisen.

Einen weiteren Gesichtspunkt zum Regel-Ausnahme-Verhältnis bringt Müller. Er unterscheidet nach dem Charakter der aufsichtsunterworfenen Aufgabe und hält als Fachaufsichtsmittel verwendete Genehmigungsvorbehalte für zulässig, sofern diese "substantielle, existenzbegründende und existenzbezogene Angelegenheiten des Gemeindeverfassungsrechts" betreffen¹⁶⁶⁾, wie etwa das Gemeindegebiet und die organisatorische Verfassung der Gemeinde¹⁶⁷⁾. Hierzu gehört das

165) BVerfG, a. a. O., S. 378 f.

166) Kl. Müller, VerwArch. 54 (1963)/191, 189.

167) Kl. Müller, a. a. O., S. 189 ff.

Sachgebiet der städtebaulichen Planung nicht. Aus dieser Feststellung ist andererseits nicht zu folgern, der Gesetzgeber könne, auf dem Boden dieser Auffassung stehend, ausschliesslich eine Kommunalaufsicht im Bereich der städtebaulichen Planung festlegen. Müller stellt nur einen Gesichtspunkt heraus, der eine ausnahmsweise zulässige Fachaufsicht rechtfertigt. Seine Auffassung braucht daher keiner Prüfung unterzogen zu werden.

Der von Müller aufgegriffene Gedanke, die Eigenart der aufsichtsunterworfenen Aufgabe zu betrachten, ist jedoch für die angestellte Untersuchung in anderer Hinsicht fruchtbar zu machen. Es ist schon festgestellt worden, dass die verbindliche Bauleitplanung zum Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört¹⁶⁸⁾. Es ist ferner nachgewiesen worden, dass die zwangsweise Bildung eines Planungsverbandes diesen Bereich antastet. Der beteiligten Gemeinde wird die Befugnis genommen, allein in eigener Verantwortung Bauungspläne aufzustellen. Ein ebenfalls tiefgreifender Eingriff liegt vor, wenn die Aufsichtsbehörde die Entscheidungen der planenden Gemeinde auch auf ihre Zweckmässigkeit hin nachprüfen und gegebenenfalls ihre Zweckmässigkeitsvorstellungen durchsetzen darf. Die Aufsichtsbehörde wird zwar lediglich im Plangenehmigungsverfahren tätig, während der Pflichtverband das gesamte Planaufstellungsverfahren beherrscht. Insofern verbindet sich mit der Fachaufsicht der schwächere Eingriff. Gleichwohl wird auch hier das Selbstverwaltungsrecht verletzt¹⁶⁹⁾. Wenn die Aufsichtsbehörde den gesamten Plan auf seine Zweckmässigkeit hin begutachten darf und Fehler, die nicht zugleich Rechtsfehler sind, letzten Endes mit dem Druckmittel der Versagung der Genehmigung korrigieren kann, dann übt sie im Ergebnis plangestaltende Tätigkeit aus. Darin ist die Einschränkung des unantastbaren Bereiches zu erblicken. Eine Fachaufsicht im Bereich der verbindlichen Bauleitplanung ist demnach ausgeschlossen. Das gleiche gilt für die plansichernden und planvollziehenden Massnahmen, soweit sie Selbstverwaltungsaufgaben sind.

168) Siehe die Ausführungen auf S. 19 ff.

169) Vgl. hierzu auch BVerfGE 6/104 (118).

Da sie zur verbindlichen Bauleitplanung in engem sachlichen Zusammenhang stehen ¹⁷⁰⁾, haben sie teil an der zentralen Bedeutung dieser Gemeindeaufgabe und gehören deshalb ebenfalls zum uneingeschränkt geschützten Bereich.

Anders liegen die Dinge bei der vorbereitenden Bauleitplanung. Dieses Sachgebiet gehört nicht zur unantastbaren Sphäre der gemeindlichen Selbstverwaltung, wie schon ausgeführt ¹⁷¹⁾. Der Gesetzgeber ist daher zu Eingriffen befugt. Er könnte die vorbereitende Planung in eine staatliche Aufgabe umwandeln und den Gemeinden belassen ¹⁷²⁾. Er könnte auch den Selbstverwaltungscharakter bestehen lassen und statt dessen eine Fachaufsicht einführen.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gehindert ist, die im BBauG verankerte Gesetzmässigkeitskontrolle in eine Fachaufsicht umzuformen. Eine Ausnahme gilt für die vorbereitende städtebauliche Planung.

e) Nachdem die grundsätzliche Frage der Reichweite der im BBauG vorgesehenen Aufsichtsmittel behandelt und die zulässigen gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten erörtert worden sind, sollen nun die Aufsichtsbefugnisse im einzelnen untersucht werden. Da sich das BBauG für eine Rechtskontrolle entschieden hat, ist die nähere Betrachtung darauf zu richten, welche Gesetzmässigkeitsmassstäbe der Bundesgesetzgeber den Gemeinden gesetzt hat. Für die Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalte des BBauG kommen die einschlägigen Rechtsnormen dieses Gesetzes als Versagungsgründe in Betracht.

1) Hier sind zunächst die Regelungen des Allgemeinen Teils des BBauG zu würdigen. Dabei sollen verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Tatbestände unterschieden werden.

170) Siehe die Ausführungen auf S. 11 f.

171) Siehe die Ausführungen auf S. 24.

172) Ebenso grundsätzlich Jesch, DÖV 60/740.

aa) Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen lassen sich in Muss- und Soll-Vorschriften aufgliedern. Zur ersteren Gruppe gehören die in § 2 Abs. 6 getroffenen Regelungen über das Plan-auslegungsverfahren mit Ausnahme des Satzes 3. Missachtet die Gemeinde diese zwingenden Erfordernisse, so ist die höhere Verwaltungsbehörde befugt, die Genehmigung gem. § 6 Abs. 2, § 11 zu versagen, u. a. also dann, wenn die Gemeinde einen Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan überhaupt nicht öffentlich auslegt oder die Auslegungsfrist in unzulässiger Weise verkürzt hat ¹⁷³⁾.

Eine Anzahl von verfahrensrechtlichen Regelungen sind in die Form von Soll-Vorschriften gekleidet, so neben dem schon erwähnten § 2 Abs. 6 Satz 3 die §§ 2 Abs. 4, 2 Abs. 5, 3. Nach § 2 Abs. 4 sollen die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abgestimmt, nach § 3 sollen für benachbarte Gemeinden unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsame Flächennutzungspläne aufgestellt werden. Nach § 2 Abs. 5 sollen bei der Aufstellung von Bauleitplänen die Behörden und Stellen beteiligt werden, die Träger öffentlicher Belange sind, nach § 2 Abs. 6 Satz 3 sollen die Beteiligten von der Auslegung eines Bauleitplanes benachrichtigt werden. Für die Planaufsicht stellt sich die Frage, ob und wiefern diese Vorschriften als Versagungsgründe im Sinne des § 6 Abs. 2 gelten. Die genannten Vorschriften legen der Gemeinde im Planaufstellungsverfahren bestimmte Pflichten auf; Soll-Vorschriften mit unverbindlichem Charakter wären als gesetzliche Regelungen ohne Sinn. Erzeugen aber diese Soll-Vorschriften Rechtspflichten, so liegt die Annahme nahe, ein Verstoss führe zu der Feststellung, der betreffende Bauleitplan sei "nicht ordnungsgemäss" zustande gekommen (§ 6 Abs. 2), folglich könne die Genehmigung versagt werden. Dieser Schluss ist nicht zu ziehen. Das BBauG unterscheidet erkennbar zwischen Soll- und Muss-Vorschriften. Es knüpft an die Verletzung zwingender Normen die Rechtsfolge des

173) Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. VI 3 a zu § 2.

§ 6 Abs. 2. Die Missachtung von Soll-Bestimmungen kann an sich noch nicht diese Rechtsfolge auslösen, soll die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung überhaupt sinnvoll bleiben. Zum Abstimmungsgebot des § 2 Abs. 4 vertreten Schütz/Frohberg und Schrödter die Auffassung, eine grobe Missachtung dieser Soll-Vorschrift mache den Plan nicht mehr genehmigungsfähig¹⁷⁴⁾. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Träfe sie zu, so würde die Verletzung einer Soll-Vorschrift mit derselben Rechtsfolge wie der Verstoss gegen die zwingenden Regelungen des § 1 Abs. 4 und 5 ausgestattet werden. Da sich das BBauG für eine Gesetzmässigkeitsaufsicht entschieden hat, sind Planungsentscheidungen der Gemeinde im Sinne des § 1 Abs. 4 und 5 nur bei grober Missachtung der dort genannten zwingenden Erfordernisse rechtswidrig¹⁷⁵⁾. Die vom Gesetzgeber getroffene Differenzierung wäre also hinfällig. Der Hinweis von Schütz/Frohberg auf das Urteil des BVerwG vom 2. 12. 1959 erweist sich als unergiebig. In dieser Entscheidung sagt das Gericht, Soll-Vorschriften seien für die Verwaltung ebenso verbindlich wie Muss-Vorschriften, sofern besondere Umstände keine abweichende Beurteilung erforderten¹⁷⁶⁾. Dieser Grundsatz mag für das in der betreffenden Entscheidung einschlägige Entschädigungsrecht vertretbar sein, er kann jedoch nicht ohne weiteres auf die Regelungen des BBauG angewandt werden. In Bezug auf die Folgen einer Gesetzesverletzung besitzt dieses Gesetz sein eigenes System, das an die Verletzung der einzelnen Soll-Vorschriften unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft. Beteiligt die Gemeinde nach § 2 Abs. 5 nicht öffentliche Planungsträger, so behalten diese ihr Widerspruchsrecht nach § 7¹⁷⁷⁾. Die letztgenannte Vorschrift bestimmt, dass derartige Planungsträger ihre Planungen dem Flächennutzungsplan insoweit anzupassen haben, als sie nicht widersprochen

174) Schrödter, a. a. O., Rdn. 3 zu § 2; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 4 zu § 2.

175) Siehe die Ausführungen auf S. 41 f.

176) BVerwG, DVBL. 60/252.

177) Schrödter, a. a. O., Rdn. 4 zu § 2; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 5 zu § 2.

haben. Verletzt die Gemeinde das Beteiligungsgebot des § 2 Abs. 5, so wird der Plan dadurch noch nicht rechtsfehlerhaft im Sinne des § 6 Abs. 2. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Nichtbeteiligung anderer öffentlicher Planungsträger zur Folge hat, dass die Gemeinde zwingende Planungserfordernisse des § 1 Abs. 4 und 5 überhaupt nicht beachtet oder in grober Weise missachtet. Dass ein Hinzutreten materieller Gesichtspunkte die Fehlerhaftigkeit des Bauleitplanes begründen kann, nehmen auch Heitzer/Oestreicher und Grauvogel an; ob die Nichtbeteiligung einen Versagungsgrund nach § 6 Abs. 2 bilde, sei "eine im Einzelfall zu entscheidende Frage, bei der es auf die Gewichtigkeit der Folgen der Unterlassung im Vergleich zum Gesamtergebnis ankommen" würde¹⁷⁸⁾. Das gleiche gilt für das Abstimmungsgebot des § 2 Abs. 4. Wie schon gesagt, wollen manche Autoren eine grobe Verletzung dieses Gebotes mit der Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 verbinden. Schrödter bringt dazu folgendes Beispiel: Werde neben einem Gewerbegebiet der einen Gemeinde von der Nachbargemeinde ein Wohngebiet ausgewiesen, so dürften die beiderseitigen Pläne nicht genehmigt werden¹⁷⁹⁾. In diesem Falle wäre die Genehmigung nach hier vertretener Auffassung deshalb zu versagen, weil das zwingende materielle Erfordernis der Gesundheit der Bevölkerung (§ 1 Abs. 4 Satz 1) nicht hinreichend berücksichtigt wird. Möglicherweise widersprechen diese Entscheidungen auch den in Regionalplänen konkretisierten Zielen der Landesplanung (§ 1 Abs. 3). Die genannten materiellen Rechtsnormen können auch zum Zuge kommen, wenn benachbarte Gemeinden getrennt Flächennutzungspläne aufstellen, obwohl die wesentlich durch gemeinsame Voraussetzungen und Bedürfnisse bestimmte städtebauliche Entwicklung eine gemeinsam ausgeführte vorbereitende Bauleitplanung erfordert (§ 3). Verletzt die Gemeinde diese Vorschriften, so ist die höhere Verwaltungsbehörde befugt, die Genehmigung des Planes abzu-

178) Heitzer/Oestreicher, Komm. z. BBauG (2.), Anm. 3 b zu § 2; ebenso Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. V 5 zu § 2.

179) Schrödter, a. a. O., Rdn. 3 zu § 2.

lehnen¹⁸⁰⁾. Der blosse Verstoss gegen das Abstimmungsgebot des § 3 begründet jedoch noch keinen Rechtsfehler im Sinne des § 6 Abs. 2. Eine Verletzung der hier erörterten Soll-Vorschriften ohne gleichzeitige Verletzung einer Muss-Vorschrift vermag die Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 nicht herbeizuführen¹⁸¹⁾. Abgesehen von der besonderen Regelung des § 7, kann die Planungsaufsicht einen Verfahrensverstoss nur zum Anlass nehmen, die Gemeinde auf ihre Unterlassung hinzuweisen und sie auffordern, das Versäumte nachzuholen. Diese Möglichkeit des Vorgehens wird vor allem für § 2 Abs. 6 bedeutsam; eine Missachtung der Benachrichtigungspflicht im Planauslegungsverfahren dürfte materielle Rechtsnormen kaum verletzen.

bb) Das BBauG enthält im Allgemeinen Teil eine Anzahl von materiellen Versagungsgründen. Neben den schon behandelten Regelungen des § 2 Abs. 10 kommen die Tatbestände des § 1 Abs. 3, 4 und 5 in Betracht.

Hier soll zunächst § 1 Abs. 3 erörtert werden. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung und Landesplanung anzupassen sind. Sie ist Ausdruck des für eine neuzeitliche Gebietsplanung unentbehrlichen Grundsatzes, dass die Planung des kleineren Raumes sich in diejenige des grösseren Raumes einfügen hat. Dieses Erkenntnis darf jedoch nicht über die rechtliche Problematik des § 1 Abs. 3 hinwegtäuschen, die in zweifacher Richtung besteht: Eine weite Auslegung der Begriffe "Raumordnung" und "Landesplanung" kann dazu führen, dass die überörtliche Gemeinschaft Gegenstände der städtebaulichen Planung in ihre Planungen miteinbezieht, eigene Vorstellungen entwickelt und die Gemeinden über die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 3 an diese "Ziele" bindet¹⁸²⁾. Hier besteht die Notwendigkeit, die Begriffe

180) Trotz missverständlicher Formulierung sinngemäss ebenso Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 12, Anm. 5 zu § 3.

181) Ebenso v. Hausen/v. d. Heide, Komm. z. BBauG (2.), Anm. IV 2 zu § 2.

182) Dieses Problem wird auch von Stern, a. a. O., Rdn. 100 zu Art. 28, gesehen.

"Raumordnung" und "Landesplanung" einerseits sowie "Bauleitplanung" andererseits gegeneinander abzugrenzen. Weiterhin bestimmt § 1 Abs. 3 die Ziele der Landesplanung und Raumordnung nicht und sagt auch nicht, auf welchem Wege dies geschehen soll ¹⁸³⁾. Dieser Umstand macht die Vorschrift zusätzlich als Versagungsgrund im Plangenehmigungsverfahren fragwürdig.

Das Bundesbaugesetz bestimmt die Begriffe "Raumordnung" und "Landesplanung" nicht. Seiner Wortbedeutung nach lässt sich der Begriff "Raumordnung" dahin umschreiben, dass er die Ordnung jedes Raumes, d. h. eines solchen auf Bundes-, Landes- oder Gemeindeebene bedeutet. Diese umfassende Vorstellung hat das Bundesbaugesetz jedoch nicht übernommen. Aus § 1 Abs. 3 folgt, dass der Begriff "Raumordnung" nur im übergemeindlichen Sinne zu verstehen ist. Eine Anpassungspflicht der örtlichen Planung an Ziele der örtlichen Raumordnung wäre ohne Sinn ¹⁸⁴⁾. Diese Deutung entspricht auch der bisherigen Rechtsentwicklung ¹⁸⁵⁾.

Danach sind die Ziele der Raumordnung auf Bundes- und Landesebene Gegenstand der Anpassungspflicht. "Landesplanung" ist demgegenüber der engere Begriff. Sie ist Raumordnung im Hoheitsbereich eines Landes ¹⁸⁶⁾. Sie bildet in erster Linie den Rahmen für die städtebauliche Planung der Gemeinden. Die Bundesraumordnung bindet die Gemeinden nicht unmittelbar, sondern nur, soweit deren Ziele in die Landesplanung einfließen. Letzteres kommt im Raumordnungsgesetz des Bundes ¹⁸⁷⁾ zum Ausdruck; nach § 4 Abs. 3 dieses Gesetzes haben die Länder im Rahmen der Landesplanung dafür Sorge zu tragen, dass die in § 2 des Gesetzes aufgestellten Grundsätze verwirklicht werden. Letzteres soll vor allem durch die Länder geschehen (§ 4 Abs. 3 RaumOrdG). Nach diesen Überlegungen ist auf die anfangs gestellte Abgrenzungsfrage einzugehen.

183) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 17 zu § 1,

184) Knaup/Ingenstau, Komm. z. BBauG, S. 21; Schrödter, a. a. O., Rdn. 5 zu § 1; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 4 zu § 1.

185) Vgl. hierzu BVerfGE 3/407 (425 ff.).

186) Gildenpfennig, DWW 61/164; Halstenberg, DÖV 61/566.

187) G v. 8. 4. 65, BGBl. I S. 306.

Die Landesplanungsgesetze betrachten als Gegenstand und Aufgabe der Landesplanung die übergeordnete, überörtliche und zusammenfassende Planung des Raumes (vgl. § 1 Abs. 2 bad.-württ. G¹⁸⁸), Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 bay. G¹⁸⁹), § 1 Abs. 1 nordrh.-westf. G¹⁹⁰), § 1 Abs. 2 saarl. G¹⁹¹), § 1 Abs. 1a schl.-holst. G¹⁹²), sinngemäß ebenso § 1, § 2 hess. G¹⁹³), § 1, 2 nieders. G¹⁹⁴), § 1 Abs. 1, § 4 rhld.-pflz. G¹⁹⁵). Es liegt nahe, dem Umstand, dass die Landesplanung einen grösseren Raum erfasst als die der örtlichen Gemeinschaft, massgebliche Bedeutung zuzumessen. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht als Abgrenzungsmerkmal verwertbar. Denn auch eine Planung, die sich auf grössere räumliche Zusammenhänge bezieht, kann die Nutzung von Grundstücken so konkret festlegen wie die gemeindliche. Eine brauchbare Unterscheidung ist nur möglich, wenn beide Tätigkeiten von der Sache her unterschieden werden. Unter diesem Aspekt ist wesentlich, dass die Gemeinde in der Bauleitplanung Entscheidungen über Art und Ausmass der baulichen und sonstigen Nutzung einzelner, genau abgegrenzter Flächen trifft. Nau nennt zutreffend als Wesensmerkmal der örtlichen Planung die "Parzellenschärfe"¹⁹⁶). Dieses Kennzeichen fehlt der Landesplanung¹⁹⁶). Sie ist auf die Möglichkeit beschränkt, die Entwicklung eines Gebietes in groben Zügen festzulegen. Das gleiche gilt für die Regionalplanung, der auf Teilgebiete eines Landes beschränkten Landesplanung. Nun scheint die gefundene Abgrenzung dadurch in Frage gestellt zu werden, dass auch die vorbereitende örtliche Planung die Aufgabe hat, die Nutzung bestimmter Flächen in den Grundzügen festzulegen (§ 5 Abs. 1). Hier ist jedoch ein wesentlicher Unterschied hervorzu-

188) G v. 19. 12. 62 (GBI. 63 S. 1).

189) G v. 21. 12. 57 (GVBl. S. 323).

190) G v. 7. 5. 62 (GVBl. S. 229).

191) G v. 27. 5. 64 (ABl. S. 525, bereinigt S. 621).

192) G v. 5. 7. 61 (GVBl. S. 119).

193) G v. 4. 7. 62 (GVBl. S. 311).

194) G v. 31. 3. 66 (GVBl. S. 69).

195) G v. 14. 6. 66 (GVBl. S. 177).

196) Nau, DÖV 62/535; vgl. auch Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Einleitung, Rdn. 140.

heben. Der Flächennutzungsplan erfüllt in bezug auf die später im Bebauungsplan zu treffenden Feststellungen eine vorbereitende Funktion. In diesem Stadium der Planung fällt die Gemeinde Vor-entscheidungen, die sich auf die einzelnen Flächen im Gemeindegebiet beziehen. Die "Parzellenschärfe" ist auch hier gegeben ¹⁹⁷⁾, wenngleich nicht in dem Masse wie bei der verbindlichen Bauleitplanung. Niemeier leugnet den Unterschied zwischen vorbereitender örtlicher Planung und Regionalplanung. Er weist darauf hin, dass Zweckverbände Aufgaben der Regionalplanung übernehmen und ebenso an die Stelle des nach § 4 zu bildenden Planungsverbandes, eines besonderen Zweckverbandes, treten können ¹⁹⁸⁾. Diese Erwägung überzeugt nicht. Der Gesetzgeber kann kraft positiv-rechtlicher Entscheidung (§ 4 Abs. 8) für die Erledigung unterschiedlicher Verwaltungsaufgaben ein und dieselbe Organisationsform vorsehen. Damit beseitigt er jedoch nicht die Wesensunterschiede dieser Aufgaben.

Für den Begriff "Raumordnung" gilt das vorstehend Ausgeführte entsprechend. Soweit es sich um die Raumordnung auf Bundesebene handelt, fehlt jedoch eine der Regionalplanung entsprechende "Grenzzone" zwischen örtlicher und überörtlicher Planung. In bestimmten Fällen kann die Raumordnung des Bundes und der Länder allerdings auch "Parzellenschärfe" erreichen, nämlich bei Fachplanungen. Davon wird in einem besonderen Abschnitt zu sprechen sein. ¹⁹⁹⁾

Wie schon angedeutet, begegnet die Vorschrift des § 1 Abs. 3 auch in anderer Hinsicht Bedenken. Sie sagt nichts über die "Ziele" der Raumordnung und Landesplanung aus, denen die gemeindlichen Bauleitpläne anzupassen sind. Das BBauG schreibt für die Anpassungs-

197) Kraus, Landesplanung und Städtebau in ihrer gegenseitigen Verflechtung und Abhängigkeit, S. 45; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Einleitung, Rdn. 139, 140.

198) Niemeier, DÖV 63/806.

199) Siehe die Ausführungen auf S. 88 ff.

pflcht keinen konkreten Gegenstand vor. § 1 Abs. 3 ist daher nicht aus sich heraus vollziehbar. Es handelt sich um einen unvollständigen Gesetzestatbestand. Dieser kann keine Verbindlichkeit in Anspruch nehmen, da er einen fertigen Gesetzesbefehl nicht enthält. Folglich kann § 1 Abs. 3, so betrachtet, nicht als Versagungsgrund im Genehmigungsverfahren nach § 6 in Betracht kommen. Diese Vorschrift bedarf vielmehr einer ergänzenden Regelung. Das ist grundsätzlich Sache der Länder. Im folgenden soll der Einfachheit halber von den Zielen der Landesplanung, d. h. der Raumordnung auf Landesebene, die Rede sein. Sämtliche Länder haben inzwischen "Landesplanungsgesetze" erlassen²⁰⁰⁾. Diese Gesetze sehen förmliche Verfahren vor, in denen in der Regel Raumordnungspläne für den Bereich des gesamten Landes oder für ein regionales Gebiet aufgestellt werden²⁰¹⁾. Das Verfahren schliesst mit einer Massnahme ab, an die der Gesetzgeber die rechtliche Verbindlichkeit des Planes knüpft. Die Regelungen der einzelnen Länder sind hier verschieden. Zum Teil ist der endgültige Beschluss des Planes²⁰²⁾ oder die Genehmigung des Planes²⁰³⁾, zum Teil ist auch die Bekanntgabe dieser Entscheidungen²⁰⁴⁾ massgebend, teilweise ist eine ausdrückliche "Verbindlichkeitserklärung" erforderlich²⁰⁵⁾. Die in den Planfeststellungsverfahren der Landesplanungsgesetze konkretisierten "Ziele" machen § 1 Abs. 3 vollziehbar. Sind Raumordnungspläne mit den entsprechenden Festsetzungen für das Gebiet eines Landes oder eine Region vorhanden, so liegt ein fertiger Gesetzesbefehl im Sinne des § 1 Abs. 3 vor. Für die gebietsangehörige Gemeinde gewinnt die Anpassungspflicht nunmehr konkrete Gestalt. Hier taucht jedoch das Bedenken auf,

200) Siehe die Nachw. zu den Fussn. 188-195.

201) §§ 13, 17 bad. -württ. G, Art. 11 bay. G, §§ 4, 7 hess. G, §§ 3, 11 nieders. G, §§ 12, 15, 19 nordrh. -westf. G, §§ 10, 12 rhld. -pflz. G, §§ 4, 7 saarl. G, § 1 Abs. 2 schl. -holst. G.

202) § 6 hess. G; § 9 schl. -holst. G.

203) § 9 schl. -holst. G.

204) §§ 5, 11 nieders. G, §§ 13, 16 nordrh. -westf. G, §§ 11, 13 rhld. -pflz. G, § 8 saarl. G.

205) § 16 bad. -württ. G, Art. 12 bay. G.

ob die nach Art. 28 Abs. 2 erforderliche "gesetzliche" Form gewahrt ist. Die staatlichen Akte, an die sich die Verbindlichkeit des Raumordnungsplanes knüpft, haben durchweg nicht den Charakter eines Rechtssatzes. Eine Ausnahme bildet § 16 Abs. 3 Nr. 2 bad. -württ. Landesplanungsg., wonach der aufgrund dieses Gesetzes aufzustellende "Entwicklungsplan" durch Gesetz für die Gemeinden Verbindlichkeit erlangt. Bei strenger Betrachtungsweise ist ein Formmangel nicht auszuschliessen. Die mit § 1 Abs. 3 verbundene Begrenzung der gemeindlichen Selbstverwaltung wird in zwei Phasen vorgenommen: Das BBauG schreibt die Anpassungspflicht vor. Die Länder haben sie in den genannten Raumordnungsverfahren zu konkretisieren. Art. 28 Abs. 2 gestattet mehrstufige Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht. Enthält die letzte Stufe eine generelle Regelung, so muß sie in Form eines Rechtssatzes erfolgen. Das wird bei gesetzlichen, an die Exekutive gerichteten Ermächtigungen deutlich. Die ausfüllende Regelung kann lediglich als Rechtsverordnung ergehen²⁰⁶⁾. Gleichwohl ist nicht zu fordern, dass die Verbindlichkeit des Raumordnungsplanes in rechtsatzmässiger Form erklärt wird. Es ist zu berücksichtigen, dass sich im Gebiet eines Landes oder einer Region schnell wechselnde Entwicklungen vollziehen können, die rasche Änderungen der entsprechenden Raumordnungspläne bedingen. Das Mittel einer in Rechtssatzform getroffenen Entscheidung wäre dagegen zu schwerfällig. Es wäre auch vom Schutzbedürfnis der Gemeinde her gesehen nicht erforderlich. Erlangen Raumordnungspläne in der dargestellten Weise für die Gemeinden Verbindlichkeit, so sind aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Einwände nicht zu erheben. Die durch Art. 28 Abs. 2 vorgeschriebene "gesetzliche" Form ist dadurch beachtet, dass ein förmliches Planaufstellungsverfahren sowie die Verbindlichkeitserklärung des Raumordnungsplanes durch Gesetz zwingend vorgeschrieben sind. Die Ergänzung des § 3 Abs. 1 durch die dargestellten landesrechtlichen Regelungen begegnet keinen durchschlagenden rechtlichen Bedenken.

206) Stern, a. a. O., Rdn. 115 zu Art. 28.

Kommt nach diesen Überlegungen § 1 Abs. 3 als Versagungsgrund im Plangenehmigungsverfahren zum Zuge, so sind drei Fallgruppen denkbar. Erstens, die Gemeinde hat einen Bauleitplan aufgestellt, ohne einen vorliegenden Raumordnungsplan zu beachten. Zweitens, die Gemeinde stellt einen Bauleitplan auf, ohne den Abschluss eines schon begonnenen landesgesetzlichen Planfeststellungsverfahrens abzuwarten. Drittens, das Raumordnungsverfahren hat noch nicht einmal begonnen.

Die Sachverhalte der ersten Fallgruppe sind nicht problematisch. Beachtet die Gemeinde die bereits vorliegenden "Ziele" nicht, so verfällt der von ihr aufgestellte Bauleitplan der Ablehnung nach § 6 Abs. 2.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die nächste Fallgruppe. Da die Ziele der Landesplanung im Zeitraum des gemeindlichen Planfeststellungsverfahrens noch nicht feststehen, vermag die Gemeinde ihre Anpassungspflicht nicht zu erfüllen. Mangels eines fertigen Tatbestandes entfaltet § 1 Abs. 3 keine Verbindlichkeit. Demnach wäre die Vorschrift als Versagungsgrund unbeachtlich. Etwas anderes könnte aber dann gelten, wenn die Gemeinde verpflichtet wäre, den Ausgang des landesgesetzlichen Planfeststellungsverfahrens abzuwarten. Eine derartige Pflicht wäre eine Pflicht der Gemeinde, auf die Interessen des Landes Rücksicht zu nehmen. Ähnliche Pflichten erwachsen aus dem Prinzip der Bundestreue, das zwischen Bund und Ländern gilt²⁰⁷⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat für das Bund-Länder-Verhältnis den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten entwickelt²⁰⁸⁾. Diese Pflicht ist durch den mehrstufigen Aufbau des Gesamtstaates nach dem Grundgesetz bedingt²⁰⁹⁾. Im Verhältnis Staat-Gemeinde findet sich eine

207) Bayer, Die Bundestreue, S. 73.

208) BVerfGE 1/299 (315); 4/115 (140); 12/205 (254).

209) BVerfGE 1/315.

grundsätzliche gleiche Ausgangslage. Der Staat, hier das einzelne Bundesland, und die Gemeinde sind Teile im Gefüge des gesamten Staatsgebildes. Sie sind auf gegenseitiges Verständnis angewiesen, soll das Gesamtwohl nicht Schaden leiden. Die Gemeinde hat das Interesse der übergeordneten Gemeinschaft zu beachten. Sie steht als Selbstverwaltungskörperschaft nicht isoliert im gesamtstaatlichen Gefüge dar. Weber und das OVG Münster übertragen ebenfalls den Gedanken des bundesfreundlichen Verhaltens auf das Verhältnis Staat-Gemeinde. Das ist in Bezug auf die hier abgelehnte²¹⁰⁾ Rechtsfigur eines "staatlich-kommunalen Kondominiums" geschehen²¹¹⁾. Dieser Meinungsunterschied bildet jedoch kein Hindernis. Treupflichten zwischen Staat und Gemeinden sind auch anzuerkennen, wenn die Einrichtung einer "Mischverwaltung" zwischen Staat und Gemeinde abgelehnt wird. Ihre Anerkennung setzt nicht voraus, dass fließende Zuständigkeitsgrenzen zwischen den Partnern bestehen. Aus dem Prinzip des "staatsfreundlichen" Verhaltens erwächst der Gemeinde die Pflicht, auf die Interessen der überörtlichen Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht verletzt die planende Gemeinde, wenn sie das Ergebnis eines in der Durchführung begriffenen Raumordnungsverfahrens nicht abwartet. Sie handelt rechtswidrig. Die Aufsichtsbehörde ist befugt, die Genehmigung des vorgelegten Bauleitplanes zu verweigern und die Gemeinde auf den Abschluss des Raumordnungsverfahrens zu verweisen.

Die dritte Fallgruppe hat mit der soeben behandelten gemeinsam, dass ein verbindlicher Raumordnungsplan nicht vorliegt, während die Gemeinde einen Bauleitplan aufstellt. Die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 3 ist infolgedessen nicht vollziehbar. Als unvollständiger Tatbestand vermag diese Vorschrift keine Verbindlichkeit zu begründen. Im Gegensatz zur vorhergehenden Fallgruppe kann die Gemeinde jedoch nicht darauf verwiesen werden, die Durchführung

210) Siehe die Ausführungen auf S. 50 ff.

211) Weber, Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Bd. 19 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, S. 30.; OVG Münster, OVGE 19/198 f.

eines erst noch in Lauf zu setzenden landesgesetzlichen Planfeststellungsverfahrens abzuwarten. Hier hat der Staat von seiner Kompetenz noch keinen Gebrauch gemacht. Wäre die Gemeinde nach dem Prinzip des "staatsfreundlichen" Verhaltens zum Abwarten genötigt, so bedeutete dies, dass der säumige Staat so gestellt würde, als habe er seine Zuständigkeit bereits in Anspruch genommen. Derart weitgehende Wirkungen können Rücksichtspflichten jedoch nicht entfalten. In der gleichen Weise wie das Treueverhältnis zwischen Bund und Ländern setzen die entsprechenden Beziehungen zwischen Staat und Gemeinde voraus, dass überhaupt konkrete Interessen des einen Teils erkennbar sind, die der andere Teil zu beachten hat ²¹²⁾. Diese Lage tritt aber erst ein, wenn die Interessen der Landesplanung in einem Planfeststellungsverfahren Gestalt annehmen. Vor der Einleitung eines derartigen Verfahrens kann davon keine Rede sein. Die Aufsichtsbehörde handelte fehlerhaft, wenn sie den vorgelegten Bauleitplan aus diesem Grunde nicht genehmigte. § 1 Abs. 3 bildet hier keinen Versagungsgrund ²¹³⁾.

cc) Im Allgemeinen Teil des Bundesbaugesetzes finden sich ferner in § 1 Abs. 4 und 5 Vorschriften, die bestimmte grundsätzliche Erfordernisse für die gemeindliche Bauleitplanung aufstellen. Diese Regelungen kommen ebenfalls als Versagungsgründe für das Genehmigungsverfahren nach § 6 in Frage. Es ist schon festgestellt worden, dass nur eine grobe Nichtbeachtung der in § 1 Abs. 4 und 5 genannten Erfordernisse einen Rechtsfehler darstellt, der zur Versagung der Genehmigung führt ²¹⁴⁾. Das VG Hannover hatte Gelegenheit, diese Regelungen anzuwenden. Eine Flughafen-Gemeinde, deren Gebiet unmittelbar an einen Flughafen grenzte, begehrte auf dem Klagewege, die höhere Verwaltungsbehörde zur Genehmigung eines Flächennutzungsplanes zu verpflichten. Die Gemeinde hatte Flächen als Wohngebiete ausgewiesen, die im Anflugsektor des auch von Düsen-

212) Ebenso Geiger, BayVBl. 57/339.

213) In dieser Richtung auch Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. IV 4 zu § 1.

214) Siehe die Ausführungen auf S. 40 ff.

maschinen angesteuerten Flugplatzes lagen. Das Gericht bestätigte die ablehnende Entscheidung der beklagten Behörde mit der Begründung, der Plan verstosse gegen § 1 Abs. 4, weil er die Sicherheit und Gesundheit der zukünftig in den ausgewiesenen Wohngebieten lebenden Bevölkerung nicht berücksichtige²¹⁵⁾. Obwohl das Gericht nicht von einer groben Missachtung dieser Planungserfordernisse spricht, liegt nach dem Sachverhalt ein derartiger Fall vor. Das Gericht hat nach der hier vertretenen Auffassung zutreffend entschieden.

Das Gesagte gilt jedoch nur für die Muss-Vorschriften des § 1 Abs. 4 und 5. Soweit die genannten Absätze Soll-Vorschriften enthalten, sind die betreffenden Regelungen für die Gemeinden zwar verbindlich, ihre Verletzung bildet aber keinen Versagungsgrund nach § 6 Abs. 2. Die Aufsichtsbehörde ist auf die Beratung und auf ein Beanstandungsrecht beschränkt, ohne die Aufhebung der beanstandeten Festsetzung verlangen zu können. In diesem Zusammenhang sei auf die grundsätzlichen Ausführungen zu den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Teils verwiesen²¹⁶⁾. Daher scheiden § 1 Abs. 4 Satz 3 und Abs. 5 Satz 2 als Versagungsgründe aus. Danach "sollen" Bauleitpläne den Wohnbedürfnissen der Bevölkerung dienen, die Eigentumsbildung im Wohnungswesen fördern, ferner "sollen" landwirtschaftlich genutzte Flächen nur in dem notwendigen Umfange für andere Nutzungsarten vorgesehen und in Anspruch genommen werden.

dd) Neben den bisher behandelten Planungserfordernissen enthält § 1 einen andersgearteten Tatbestand, nämlich das Abwägegebot des Abs. 4 Satz 2. Dieses Gebot verpflichtet die planende Gemeinde, die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen. Der Fassung nach ("Dabei sind ... abzuwägen") bezieht sich die genannte Bestimmung ausschliesslich auf die vor-

215) VG Hannover, DVBl. 63/865.

216) Siehe die Ausführungen auf S. 57 ff.

hergehende Regelung. Letztere besagt, dass sich die Bauleitpläne nach den sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung, ihrer Sicherheit und Gesundheit zu richten haben (§ 1 Abs. 4 Satz 1). Verletzt ein Bauleitplan das Abwägegebot im Hinblick auf diese Gesichtspunkte, so ist die Aufsichtsbehörde befugt, die Genehmigung des Planes abzulehnen²¹⁷⁾. Es fragt sich, ob entsprechendes für die zwingenden Planungserfordernisse des § 1 Abs. 5 gilt. Die Beantwortung der Frage setzt eine nähere Untersuchung des § 1 Abs. 4 Satz 2 voraus. Diese Vorschrift umfasst drei Unteratbestände, nämlich das Gebot, die öffentlichen und privaten Belange gerecht gegeneinander, das Gebot, die privaten Belange gerecht untereinander, und das Gebot, die öffentlichen Belange gerecht untereinander abzuwägen²¹⁸⁾.

Zunächst ist das erstgenannte Gebot zu betrachten. Es enthält eine positiv-rechtliche Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips, soweit es sich auf Nutzungsregelungen eines Bauleitplanes bezieht, die in das Eigentum eingreifen²¹⁹⁾. Prüft die Gemeinde, ob eine Planentscheidung den verfolgten Interessen angemessen ist, so hat sie die beteiligten öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Der genannte Grundsatz ist in seiner Geltung nicht auf den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 4 Satz 1 beschränkt.

217) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 59 zu § 1, Rdn. 16 zu § 6.

218) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 51 zu § 1, Anm. 3.

219) Das bedeutet allerdings nicht, dass nur enteignende Festsetzungen "Eingriffs"-Charakter tragen, wie Hoppe, DVBl. 64/169, Fussn. 34, und Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. 107, meinen. Eine Sozialbindung des Eigentums, die für den Eigentümer eine fühlbare Belastung bedeutet, aber unter der "Opfergrenze" liegt, ist ein Eingriff. Dieser stellt eine "schränkenbestimmende", nicht "inhaltsbestimmende" Massnahme i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Ein Beispiel bietet die Veränderungssperre, soweit ihre Dauer eine Entschädigungspflicht nicht auslöst, vgl. hierzu BGHZ 30/338 (347).

Sein verfassungsrechtlicher Rang²²⁰⁾ gebietet, ihn auf den Bereich der gesamten städtebaulichen Planung anzuwenden. Soweit ein Plan "inhaltsbestimmende" (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) Festsetzungen enthält, kommt das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zum Zuge²²¹⁾. Es bestehen hier jedoch keine Bedenken, die positive Regelung des § 1 Abs. 4 Satz 1 entsprechend auf andere Planungserfordernisse anzuwenden. Diese Vorschrift enthält nämlich ein allgemeines Prinzip des städtebaulichen Planungsrechts²²²⁾.

Das Gebot, die privaten Belange untereinander gerecht abzuwägen, ist eine positiv-rechtliche Fixierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG²²³⁾. Aus dieser verfassungsrechtlichen Wurzel folgt seine Geltung für die gesamte Bauleitplanung.

Das Gebot, die öffentlichen Belange untereinander gerecht abzuwägen, ist ein jeder Planung immanentes Prinzip. Das Planfeststellungsverfahren dient dem Zweck, die Interessen der Beteiligten miteinander in Einklang zu bringen. Dies gilt gerade auch für die Belange verschiedener öffentlicher Planungsträger und anderer öffentlicher Stellen. Der über die Regelung des § 1 Abs. 4 Satz 1 hinausreichende Anwendungsbereich dieses Prinzips ist daher nicht zu bestreiten²²²⁾.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG wirken sich als Grundlage des Abwägegebotes noch in anderer Richtung aus. Im Gegensatz zu den übrigen zwingenden Regelungen der Abs. 4 und 5 des § 1 ist eine grobe Verletzung der auf diesen Grundsätzen beruhenden Abwägepflichten nicht erforder-

220) Dieser ist unbestritten; vgl. BGH, DVBl. 53/471 ff.; v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, S. 39; Lerche, a. a. O., S. 350 f.

221) Siehe die Nachweise in Fussn. 219.

222) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 46 zu § 1.

223) Diesen Zusammenhang lässt der VGH Bad.-Württ., ESVGH 13, I/71 (77), deutlich werden, wenn er sagt: "Die gerechte Abwägung privater Belange untereinander erfordert dabei eine möglichst gleichmässige Belastung."

lich, um die Rechtsfolgen des § 6 Abs. 2 auszulösen. Jede Verletzung des Gleichheitssatzes, damit auch seiner Konkretisierung im Gebot, die Belange Privater gerecht untereinander abzuwägen, ist ein Rechtsfehler. Das gleiche gilt für das Verhältnismässigkeitsprinzip; hier begründet jede Unangemessenheit zwischen Mittel und Zweck einen Rechtsverstoss.

Die hier behandelten Versagungsgründe des Ersten Abschnittes des BBauG werden in erster Linie für die Genehmigungsvorbehalte bei vorbereitenden und verbindlichen Bauleitplänen (§ 6, § 11) bedeutsam. Das gleiche gilt für den Zustimmungsvorbehalt nach § 125 Abs. 2, der sich auf die Herstellung von Erschliessungsanlagen bezieht, denen ein Bebauungsplan nicht zugrundeliegt.

2) Im folgenden Abschnitt ist das Kommunalaufsichtsrecht des BBauG zu behandeln, das den einzelnen Rechtsinstituten dieses Gesetzes zugeordnet ist.

Für den Flächennutzungsplan enthält § 5 formell-rechtliche Besonderheiten. Nach § 5 Abs. 7 ist dem Plan ein Erläuterungsbericht beizufügen. Fehlt ein solcher, so liegt ein Rechtsfehler vor; die höhere Verwaltungsbehörde ist befugt, die Genehmigung nach § 6 aus diesem Grunde zu versagen²²⁴⁾. Das gleiche gilt, wenn aus einem vorhandenen Erläuterungsbericht hervorgeht, dass der Flächennutzungsplan bestimmte Festsetzungen im Sinne des § 5 Abs. 2 enthalten soll, diese aber im darstellenden Teil nicht aufweist. Für die Soll-Vorschriften der Abs. 3 bis 5 des § 5 gilt das im vorhergehenden Abschnitt Gesagte; sie scheiden als Versagungsgründe im Genehmigungsverfahren aus. Die Regelung des § 7 soll im Rahmen des Verhältnisses von Bauleitplanung und Fachplanung gewürdigt werden²²⁵⁾.

224) Zinkahn/Bielenberg, Rdn. 80 zu § 5.

225) Siehe die Ausführungen auf S. 92 ff., 97 ff.

3) Die Bestimmungen über den Bebauungsplan (§ 8 ff.) enthalten ebenfalls besondere, zwingende formell-rechtliche Regelungen. Nach § 9 Abs. 5 sind im Bebauungsplan die Grenzen seines räumlichen Geltungsbereiches festzulegen, § 9 Abs. 6 Satz 1 sieht einen Begründungszwang vor, nach § 9 Abs. 6 Satz 3 sind in der Begründung bodenordnende Massnahmen darzulegen, für die der Bebauungsplan die Grundlage bilden soll. Versäumt die Gemeinde diese Pflichten, so ist der Plan rechtsfehlerhaft²²⁶⁾ und damit nicht nach § 11 genehmigungsfähig. Das gleiche gilt, wenn der Bebauungsplan dem § 9 Abs. 1 entsprechende Festsetzungen nicht enthält, obwohl diese nach der Begründung (§ 9 Abs. 6 Satz 1) in die Darstellung aufzunehmen gewesen wären. Die Darstellung der betreffenden Grundstücksnutzung ist hier "erforderlich" (§ 9 Abs. 1 Satz 1).

Einer näheren Betrachtung bedarf die Regelung des § 13. Diese Vorschrift lässt zu, dass ein geänderter oder ergänzter Bebauungsplan unter bestimmten Voraussetzungen ohne aufsichtsbehördliche Genehmigung nach § 11 rechtswirksam wird. Sie enthält eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung des § 2 Abs. 7²²⁷⁾, die bestimmt, dass für die Änderung oder Aufhebung von Bauleitplänen die Vorschriften über die Aufstellung von Plänen gelten, also auch der Genehmigungszwang der §§ 6, 11. Nach § 13 werden Änderungen und Ergänzungen des Bebauungsplanes ohne Auslegung und Genehmigung rechtsverbindlich, wenn sie die Grundzüge der Planung nicht berühren, für die Nutzung der betroffenen und benachbarten Grundstücke nur von unerheblicher Bedeutung sind (Abs. 1) und die Eigentümer der genannten Grundstücke sowie die nach § 2 Abs. 5 beteiligten Behörden und Stellen zustimmen (Abs. 2). Vermag die Gemeinde ohne Mitwirkung der Aufsichtsbehörde über die Grundstücksnutzung zu entscheiden, so können Fehler

226) So für die Begründungspflicht Schrödter, a. a. O., Rdn. 23 zu § 9; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 29 zu § 9.

227) Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 13; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 1 zu § 13.

in der Planung nicht durch die präventive staatliche Kontrolle beseitigt werden. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass eine "genehmigungsfreie" Planung nur möglich ist, wenn insbesondere die betroffenen Eigentümer zustimmen. Planänderungen oder -ergänzungen, die in das Grundeigentum nachhaltig eingreifen, dürften in der Regel nicht auf das Einverständnis der Betroffenen stossen. Damit wäre die Genehmigungsbedürftigkeit des geänderten oder ergänzten Bebauungsplanes in derartig schwerwiegenden Fällen gegeben (§ 13 Abs. 2). Immerhin sind Fälle denkbar, in denen auch bei Zustimmung aller Beteiligten im Sinne von § 13 Abs. 2 die Planänderung einer Gemeinde die Möglichkeit einer städtebaulichen Fehlentwicklung, vor allem im Hinblick auf die übergeordnete Planung, eröffnet. Ob eine Planänderung oder Planergänzung die "Grundzüge der Planung" berührt und für die Nutzung der betroffenen und benachbarten Grundstückseigentümer erhebliche oder unerhebliche Bedeutung besitzt, ist vielfach nicht leicht zu entscheiden. Es liegt nahe, hier die Kommunalaufsicht einzuschalten. Als Aufsichtsmittel bietet sich eine Vorlagepflicht an. Sie ist dem Kommunalrecht nicht unbekannt²²⁸⁾. Das BBauG schreibt für die Fälle des § 13 eine derartige Pflicht nicht vor, obwohl eine solche Regelung sinnvoll gewesen wäre. Demgegenüber bestimmt die Mehrzahl der Gemeindeordnungen der Länder, dass die Gemeinden verpflichtet sind, genehmigungsfreie Satzungen der Aufsichtsbehörde zum Zwecke der Rechtskontrolle²²⁹⁾ vorzulegen, mitzuteilen oder anzuzeigen (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 bad.-Württ. GemO, Art. 25 Abs. 2 bay. GemO, § 5 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 hess. GemO, § 6 Abs. 4 Satz 1 nieders. GemO, § 24 Abs. 3 rhld.-pflz. GemO, § 11 Abs. 3 Satz 2 saarl. GemO). Es bestehen keine Bedenken, die Regelungen des allgemeinen Aufsichtsrechts hier subsidiär zum Zuge kommen zu lassen²³⁰⁾. Das Recht des BBauG bedarf

228) Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 185.

229) Badura, DÖV 63/568.

230) So grundsätzlich Elleringmann, Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht, S. 46.

insofern einer Ergänzung. Soweit die Länder in ihren Gemeindeordnungen derartige Pflichten nicht vorsehen wie Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, gewährleistet das allgemeine Auskunftsrecht der Aufsichtsbehörde (vgl. § 107 nordrh.-westf. GemO, § 122 schl.-holst. GemO) eine - wenn auch schwächere - Überwachung.

Es stellt sich weiterhin die Frage, welcher Behörde ein nach § 13 geänderter oder ergänzter Plan vorzulegen oder mitzuteilen bzw. welche Behörde auskunftsberechtigt ist. Soweit die höhere Verwaltungsbehörde (§ 6) oder eine andere aufgrund besonderer Zuweisung zuständige staatliche Behörde (§ 147 Abs. 2 Satz 1) mit der nach der jeweiligen Gemeindeordnung zuständigen allgemeinen Aufsichtsbehörde identisch ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Das ist jedoch nicht stets der Fall. Handelt es sich um kreisangehörige Gemeinden, so liegen die Aufsichtszuständigkeiten in der Regel ²³¹⁾ bei verschiedenen Behörden. Das BBauG konzentriert die Aufsichtsbefugnisse in auffälliger Weise auf die höhere Verwaltungsbehörde (vgl. §§ 6, 11, 16 Abs. 1, 17 Abs. 3, 25 Abs. 1, 125 Abs. 2). Dem entspräche die Zuständigkeit dieser Behörde in den obengenannten Fällen. Gleichwohl sind die Regelungen der Gemeindeordnungen hier anwendbar. Greifen die in den Gemeindeordnungen normierten Aufsichtsmittel subsidiär ein, weil eine ausdrückliche Regelung einer Vorlagepflicht im BBauG fehlt, so richtet sich die Aufsichtszuständigkeit für diese Aufsichtsmittel ebenfalls nach dem Subsidiaritätsgrundsatz.

4) Das BBauG sieht ferner eine Mitwirkung staatlicher Behörden vor, wenn die Gemeinde eine Veränderungssperre oder deren Verlängerung beschliesst (§ 16, § 17).

Nach § 16 Abs. 1 bedarf die erstmalig beschlossene Veränderungssperre der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde. Welche Versagungsgründe gelten sollen, regelt § 16 Abs. 1 Satz 3 durch

231) Ausnahmeregelungen: § 127 Abs. 2 nieders. GemO;
§ 1 bay. VO v. 17. 10. 63 (GVBl. S. 194).

eine Verweisung auf § 6 Abs. 2. Danach darf die Genehmigung nur verweigert werden, wenn der Beschluss über die Veränderungssperre nicht ordnungsgemäss zustande gekommen ist oder diesem Gesetz, den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht. Ein formeller Versagungsgrund liegt vor, wenn die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs. fehlen. Danach ist eine Sperre zulässig, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Bebauungsplan aufzustellen oder zu ändern. Das Gesetz nennt ferner den Fall des planaufhebenden Beschlusses. Gelzer bezweifelt, ob eine Veränderungssperre in diesem Falle überhaupt sinnvoll ist ²³²⁾. Einen Sicherungszweck könnte eine Sperre dann erfüllen, wenn die Gemeinde einen derartigen Beschluss fasst, jedoch in naher Zukunft das betreffende Gebiet erneut in einen Bebauungsplan einbeziehen will. Hier besteht ein Interesse, dass in der "planlosen" Zwischenzeit keine wertsteigernden Veränderungen vorgenommen werden. Gleichwohl sind die mit der Veränderungssperre verbundenen einschneidenden Nutzungsbeschränkungen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1-3) nicht gerechtfertigt. Es fehlt ein auch nur andeutungsweise (in einem Planaufstellungsbeschluss) konkretisiertes Programm einer städtebaulichen Ordnung, dessen Durchführung zu sichern wäre. Stellt die Veränderungssperre an sich schon eine einschneidende Massnahme dar, weil sie den Sicherungszweck "weit vorverlegt" ²³³⁾, so ist hier die Bindung des Grundstückseigentümers nicht mehr angemessen. Eine im Falle der Planaufhebung beschlossene Sperre setzte die vierjährige Frist bis zur "Entschädigungsgrenze" (§ 18) in Lauf. Im Zeitpunkt eines neuen Planfeststellungsbeschlusses wäre diese Frist teilweise verstrichen. Der nun drohende Entschädigungsfall würde die erneut einsetzende verbindliche Bauleitplanung erschweren. Der nach diesen Überlegungen als unwirksam zu behandelnde Untertatbestand erscheint demnach auch vom Standpunkt der Verwaltung her gesehen als wenig sinnvolle Regelung.

232) Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, S. 240.

233) OVG Berlin, DÖV 64/817.

In Bezug auf die formellen Versagungsgründe stellt sich noch ein weiteres Problem. § 14 Abs. 1 1. Halbs. nennt als Voraussetzung für den Erlass einer Veränderungssperre allein den Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen usw. Es fragt sich jedoch, ob der formelle Beschluss allein genügt. Im Genehmigungsverfahren nach § 16 Abs. 1 hat die Aufsichtsbehörde nämlich auch nachzuprüfen, ob die Veränderungssperre erforderlich²³⁴⁾ ist. Sie hat insbesondere zu beurteilen, ob diese Massnahme dem verfolgten Sicherungszweck angemessen ist. Die Sperre soll Wertsteigerungen von Grundstücken und baulichen Anlagen sowie die Errichtung oder Änderung von genehmigungsbedürftigen Anlagen verhindern (§ 14 Abs. 1 Nr. 1-3), damit die Planung nicht erschwert oder durchkreuzt wird²³⁵⁾. Die Gefahr besteht, wenn die gegenwärtige Grundstücksnutzung und die nach der Bauleitplanung beabsichtigte auseinanderfallen. Diesen Unterschied kann die Aufsichtsbehörde aber nur anhand hinreichend konkretisierter Planvorstellungen der Gemeinde feststellen. In welcher Form die Gemeinde ihre Planungsabsicht darlegt, bleibt ihr überlassen²³⁶⁾. Vermag die Gemeinde ein hinreichend bestimmtes Programm nicht vorzulegen, so darf die Aufsichtsbehörde die Genehmigung schon deshalb versagen. Dieser ungeschriebene formelle Versagungsgrund erlangt in den Fällen besondere Bedeutung, in denen eine Gemeinde nach § 2 Abs. 2 für ihr Gebiet ausschliesslich Bebauungspläne aufstellen will oder die Aufstellung eines Flächennutzungsplanes auf einen späteren Zeitpunkt verschiebt (§ 8 Abs. 2 Satz 2). In diesen Fällen fehlt ein vorbereitender Plan, der ergänzend herangezogen werden könnte.

Wie schon angedeutet, ist die von der Gemeinde beschlossene Veränderungssperre im Genehmigungsverfahren auf ihre Erforderlichkeit hin nachzuprüfen. Hinter diesem Gesichtspunkt verbergen sich zwei materiell-rechtliche Prüfungsgrundsätze im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 3.

234) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 3 zu § 16.

235) Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Einführung II (vor § 14), Anm. II 3; Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 14.

236) Ebenso Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 15, 17 zu § 14.

Beurteilungsmasstab ist einmal das Prinzip der Verhältnismässigkeit des Mittels²³⁷⁾. Danach wäre eine Sperre fehlerhaft, sofern sie nicht dem Sicherungszweck angemessen ist, d. h. sofern ein vernünftiges Verhältnis zwischen Mittel und Zweck fehlt²³⁸⁾. Sie unterliegt dem genannten Grundsatz, weil sie in das nach Art. 14 GG geschützte Eigentum eingreift. Eine Veränderungssperre kann das Verhältnismässigkeitsprinzip schon in räumlicher Hinsicht verletzen, nämlich dann, wenn sie den gesamten Planbereich mit Baubeschränkungen überzieht, obwohl die Gefahr der Planverteilung oder -erschwerung nur in einem Teilbereich droht²³⁹⁾. Ferner ist zu prüfen, ob die Sperre in sachlicher Hinsicht das angemessene Mittel darstellt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Aufsichtsbehörde auch die Entscheidung der Gemeinde, einen Bebauungsplan aufzustellen, auf ihre Erforderlichkeit nachprüfen kann. Ergibt nämlich die Beurteilung, dass der betreffende Bebauungsplan nicht notwendig war (§ 2 Abs. 1), so würde damit eine Veränderungssperre gegenstandslos, als Sicherungsmittel unangemessen und infolgedessen nicht zu genehmigen sein. Gegen ein derartig ausgeweitetes Prüfungsrecht spricht folgende Erwägung: Das BBauG schaltet die Aufsichtsbehörde als Plankontrollinstanz erst ein, nachdem der Bebauungsplan das Aufstellungsverfahren durchlaufen hat und als Satzung von der Gemeinde beschlossen worden ist (§ 10). Aus dieser Regelung liesse sich umgekehrt der Schluss ziehen, zu einem früheren Zeitpunkt sei der Aufsichtsbehörde die Prüfung des Planes auf seine Rechtswirksamkeit verwehrt. Diese Folgerung würde nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Aufsichtsbehörde befugt ist, Teile des Bebauungsplanes vorweg zu genehmigen (§ 11 Satz 2). Denn die Teile müssen ihrerseits "genehmigungsreif" sein, also das Aufstellungsverfahren durchlaufen haben²⁴⁰⁾. Der Umkehrschluss ist jedoch aus einem anderen Grunde nicht zu ziehen. Wäre die Annahme eines begrenzten Prüfungsrechtes der Aufsichtsbehörde aufgrund der angestellten Überlegungen zu bejahen,

237) Gelzer, a. a. O.; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 3 zu § 16.

238) v. Krauss, a. a. O., S. 14 f.; Lerche a. a. O., S. 19.

239) Gelzer, a. a. O.; Grauvogel in Brügemann u. a., a. a. O. Anm. II 2 b zu § 14.

240) Grauvogel in Brügemann u. a., a. a. O., Anm. 4 zu § 11 i. Verb. mit Anm. II 1 zu § 6.

so bedeutete dies, dass der Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips durch Regelungen eines einfachen Gesetzes geschmälert werden könnte. Das wäre jedoch mit dem verfassungsrechtlichen Rang dieses Grundsatzes²⁴¹⁾ unvereinbar. Für die Erforderlichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren nach § 16 Abs. 1 ist ferner das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffes²⁴²⁾ massgebend²⁴³⁾. Dieser Grundsatz besagt, dass unter mehreren zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeigneten Mitteln nur das am wenigsten einschneidende gewählt werden darf²⁴⁴⁾. Als weniger scharf eingreifendes Sicherungsmittel kommt die Massnahme nach § 15 in Betracht²⁴⁵⁾. Danach hat die Baugenehmigungsbehörde unter den Voraussetzungen des § 14 auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung über die Zulässigkeit baulicher Anlagen im Einzelfall auszusetzen, wenn zu befürchten ist, dass die bauliche Anlage die Durchführung der Planung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Reicht dieses Mittel für die Sicherung der Bauleitplanung aus, so ist eine Veränderungssperre als generelle Nutzungsbeschränkung unstatthaft. Deren Genehmigung wäre zu versagen. Dagegen scheidet die Baugenehmigung für Vorhaben während der Planaufstellung (§ 33) als schwächeres Sicherungsmittel aus. Denn eine dem Beschluss im Sinne des § 16 Abs. 1 ähnelnde Sperrwirkung kommt ihr nicht zu²⁴⁶⁾. Das gleiche gilt für den Baugenehmigungszwang für Vorhaben im Aussenbereich (§ 35)²⁴⁷⁾.

241) Siehe die Nachweise in Fussn. 220

242) Insoweit wird hier die Ausdrucksweise Lerches (a. a. O., S. 19) übernommen, das Prinzip der "Erforderlichkeit" dagegen als Oberbegriff zu den beiden hier behandelten Grundsätzen aufgefasst.

243) Schrödter, a. a. O., Rdn. 2 zu § 14; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 3 zu § 16; ebenso Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. II 2 a zu § 14, der allerdings unrichtig vom "Verhältnismässigkeitsgrundsatz" spricht.

244) Lerche, a. a. O., S. 19.

245) Grauvogel, a. a. O.; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O.

246) BVerwGE 20/127 (129 ff.).

247) VG Karlsruhe, DVBl. 64/549 ff.

Die hier behandelten allgemeinen Grundsätze sind "sonstige Rechtsvorschriften" im Sinne des § 6 Abs. 2. Sie beanspruchen im Genehmigungsverfahren nach § 16 Abs. 1 zentrale Bedeutung. Das erwähnte Aufsichtsmittel dient nicht in dem Masse dem Bestreben, die Interessen der überörtlichen Gemeinschaft im kommunalen Raum zur Geltung zu bringen, wie dies bei den Vorbehalten der §§ 6 und 11 der Fall ist. Hier steht primär der Eigentumsschutz des Staatsbürgers im Vordergrund.

§ 17 knüpft die Verlängerung bestehender und den erneuten Beschluss ausser Kraft getretener Veränderungssperren an die "Zustimmung" einer staatlichen Behörde. Dieses Aufsichtsmittel unterscheidet sich im Wesen nicht von dem Genehmigungsvorbehalt im Sinne des § 16 Abs. 1; die "Zustimmung" bildet ebenso wie die Genehmigung eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entscheidungen der Gemeinde nach § 17, die dem erstmaligen Beschluss einer Veränderungssperre qualitativ gleichen. Aus der Wesensgleichheit folgt, dass die in § 16 Abs. 1 Satz 3 enthaltene Verweisung auch für § 17 gilt ²⁴⁸⁾. Dem Wortlaut ist allerdings eine Besonderheit zu entnehmen; "Zustimmung" bedeutet nicht nur nachträgliche Einwilligung, sondern auch das vorher erteilte Einverständnis ²⁴⁹⁾. Für die letztere Form des Vorbehaltes regelt das BBauG das Verfahren nicht. Es stellt sich die Frage, wie dessen Eigenart mit den auf nachträgliche Vorbehalte zugeschnittenen Regelungen des § 6 Abs. 2 - 4 in Einklang zu bringen ist. Die Gemeinde hat zunächst die Zustimmung förmlich zu beantragen. Der Antrag setzt die hier entsprechend geltende dreimonatige Frist des § 6 Abs. 4 Satz 1 in Lauf. In der Antragschrift muss ferner die von der Gemeinde beabsichtigte Entscheidung genau umrissen sein. Die rechtliche Prüfung der

248) Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. 2 b bb zu § 17; Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 17; Zinkahn/Bielenberg, Rdn. 12 zu § 17.

249) Grauvogel, a. a. O.; Schrödter, a. a. O.; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 8 zu § 17.

Aufsichtsbehörde nach § 6 Abs. 2 bezieht sich allein auf diesen Sachverhalt. Geht die später beschlossene Massnahme darüber hinaus, so ist sie nicht durch die Einwilligung gedeckt und als Ganzes unwirksam. Das inhaltliche Erfordernis wird in den Fällen vor allem bedeutsam, in denen die Gemeinde nach § 17 Abs. 3 eine ausser Kraft getretene Veränderungssperre erneut beschliessen und zusätzlich Nutzungsverbote einführen will.

Für das in § 17 vorgesehene Aufsichtsmittel gelten die Versagungsgründe, die im Genehmigungsverfahren nach § 16 Abs. 1 zum Zuge kommen²⁵⁰⁾. Besondere Beachtung verdient der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels. Mit fortschreitender Sperrfrist nimmt die Belastung des Eigentums zu. Nach einer bestimmten Dauer erreicht sie einen solchen Grad, dass die angeordneten Baubeschränkungen zu einem enteignenden und damit entschädigungspflichtigen Eingriff werden. Der Gesetzgeber hielt die "Opfergrenze" nach vier Jahren für erreicht (§ 18), der Bundesgerichtshof nach drei Jahren²⁵¹⁾. Ob auch die weitergehende Frist zulässig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Für die Kommunalaufsicht ist wesentlich, dass die Veränderungssperre nach einer gewissen Frist überhaupt enteignende Wirkungen äussern kann. § 17 enthält ein geradezu klassisches Beispiel dafür, welch dominierende Rolle der Faktor "Zeit" für die Frage der "Angemessenheit" einer einschränkenden Massnahme spielen kann²⁵²⁾. Da mit zunehmender Dauer der Sperre die Eingriffsintensität sich steigert, ist der rechtfertigende Grund für eine Verlängerung nach strengen Massstäben zu beurteilen. § 17 Abs. 2 lässt für eine abermalige Verlängerung nur "besondere Umstände" genügen.

§ 17 Abs. 4 bestimmt, dass die Veränderungssperre ganz oder teilweise ausser Kraft zu setzen ist, sobald die Voraussetzungen

250) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 12 zu § 17.

251) BGHZ 30/338 (348).

252) v. Krauss, a. a. O., S. 101.

für ihren Erlass weggefallen sind. Die Gemeinde ist verpflichtet, diese Massnahme aufzuheben²⁵³⁾. Erfüllt sie die Pflicht nicht, so fragt sich, auf welchem Wege sie zu einem ordnungsgemässen Verhalten veranlasst werden kann. Das BBauG stellt keine Regelung zur Verfügung. Hier greift lückenausfüllend das allgemeine Aufsichtsrecht ein. Als Mittel kommen das Anordnungsrecht sowie die Ersatzvornahme in Betracht (vgl. §§ 122, 123 bad. -württ. GemO; Art. 112, 113 bay. GemO; §§ 139, 140 hess. GemO; § 130 nieders. GemO; § 109 nordrh. -westf. GemO; §§ 125, 126 rhld. -pflz. GemO; §§ 124, 125 saarl. GemO. §§ 124, 125 schl. -holst. GemO). Zuständig sind die jeweils nach den Gemeindeordnungen der Länder vorgesehenen Behörden²⁵⁴⁾, nicht die höhere Verwaltungsbehörde nach § 6.

Darin liegt eine Ungereimtheit; die letztgenannte Behörde hat darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für den nochmaligen Beschluss sowie die Verlängerung einer Veränderungssperre vorliegen. Aus Gründen des Sachzusammenhanges wäre es zweckmässig gewesen, ihr auch die negative Prüfung anzuvertrauen.

5) Das BBauG bindet ferner in § 25 eine gemeindliche Massnahme an einen Genehmigungsvorbehalt; bezeichnet die Gemeinde durch Satzung Flächen, in denen ihr beim Kauf von unbebauten Grundstücken ein Vorkaufsrecht zusteht, so bedarf diese Entscheidung der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde (Abs. 1 Satz 1). Ferner bestimmt § 26, dass die Gemeinde unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 1 in der Satzung Sanierungsgebiete bezeichnen kann, in denen ihr beim Kauf von bebauten Grundstücken ein Vorkaufsrecht zusteht. Hier fragt es sich, ob die Verweisung auf § 25 auch die Genehmigungsbedürftigkeit einschliesst. Diese Frage ist zu verneinen, wenn das Tatbestandsmerkmal "unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 1" ausschliesslich die Erfordernisse

253) Schrödter, a. a. O., Rdn. 2 in § 17; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 3 zu § 17; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 16 zu § 17.

254) Anscheinend ebenso Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 17 zu § 17.

"im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes sowie in Gebieten, für die die Gemeinde die Aufstellung eines Bebauungsplanes beschlossen hat" umfasst. Für diese einschränkende Auslegung spricht folgendes: Hätte der Gesetzgeber für § 26 einen Genehmigungsvorbehalt vorgesehen, so hätte er ihn sinnvollerweise an einer anderen Stelle in den Tatbestand des ersten Absatzes eingeführt, nämlich entsprechend dem Aufbau des § 25 Abs. 1 Satz 1: " ... kann die Gemeinde in der Satzung, die der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde bedarf, Sanierungsgebiete bezeichnen ... ". Für die weitergehende Auslegung lässt sich anführen, dass die Gründe, die den Vorbehalt des § 25 rechtfertigen, auch im Falle des § 26 gelten. Das Gesetz ermächtigt die Gemeinde, den privaten Grundbesitz mit einem Recht zu belasten, das ihr unter bestimmten Voraussetzungen den Zugriff auf das betroffene Grundstück ermöglicht. Die Belastung eines Grundstückes mit einem dinglichen Vorkaufsrecht leitet eine Eigentumsübertragung zugunsten der öffentlichen Hand ein. Nach Ausübung dieses Rechts rückt die Gemeinde ebenso in die Eigentümerstellung ein, wie dies bei der Enteignung der Fall ist. Die Belastung, die eine Wertminderung des betroffenen Grundstücks nach sich ziehen kann, stellt eine fühlbare Eigentumsbeschränkung dar²⁵⁵⁾. Der Genehmigungsvorbehalt des § 25 dient dem Zweck, übermäßigen Eigentumsbeschränkungen vorzubeugen²⁵⁶⁾. Dies gilt nicht nur für unbebaute Flächen, sondern ebenso für bebaute Zonen in Sanierungsgebieten; hier wird u. U. in noch höherwertiges Grundeigentum eingegriffen²⁵⁷⁾. Dieser Gesichtspunkt spricht entscheidend dafür, einen Genehmigungsvorbehalt für das Vorkaufsrecht nach § 26 zu bejahen. Das BBauG schaltet die Kommunalaufsichtsbehörde auch in anderen Fällen als eigentumsschützende Instanz ein, nämlich beim Beschluss über die Veränderungssperre und deren Verlängerung. In den Gesetzes-

255) Schack, DVBl. 61/229 f.; Sellmann, DWW 60/259.

256) Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 25.

257) Vgl. auch Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. 2 d zu § 26.

beratungen findet sich ebenfalls der Hinweis, dass die nach § 26 zu erlassende Satzung genehmigungsbedürftig sein sollte ²⁵⁸⁾. Demgegenüber besitzen die aus der Fassung des § 26 Abs. 1 Satz 1 abzuleitenden gegenteiligen Bedenken schwächeres Gewicht. Es ist also davon auszugehen, dass auch gemeindliche Satzungen nach § 26 einem Genehmigungsvorbehalt unterliegen ²⁵⁹⁾.

Im Unterschied zu den gleichartigen Aufsichtsmitteln der §§ 6, 11, 16 steckt das BBauG für den Vorbehalt des § 25 nicht den Rahmen der Versagungsgründe ab. Aus dem Schweigen kann nicht geschlossen werden, das Gesetz habe der Fachaufsicht Raum lassen wollen. Wie schon ausgeführt, hat der Gesetzgeber sich für eine Rechtskontrolle entschieden. Diese Grundentscheidung beherrscht auch das Aufsichtsmittel des § 25 ²⁶⁰⁾. Das gleiche gilt für den Vorbehalt des § 26. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die nach § 25 oder § 26 zu erlassende Satzung formelle oder materielle Fehler aufweist ²⁶¹⁾.

Die Gemeinde darf nur Grundstücke belasten, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder in Gebieten liegen, für die nach dem Beschluss der Gemeinde ein Bebauungsplan aufgestellt werden soll. Es muss sich hierbei um einen "qualifizierten" Bebauungsplan im Sinne des § 30 bzw. um den Beschluss handeln, einen solchen aufzustellen. Das ergibt folgende Überlegung: Das Vorkaufsrecht ist, obgleich die gesetzessystematische Einordnung dies nicht erkennen lässt, auch ein Mittel der Planverwirklichung, es besitzt bodenordnende Funktion ²⁶²⁾. Eine planvollziehende Massnahme kann logischerweise nur an eine konkrete, im Bauleitplan festgelegte oder beabsichtigte Grundstücksnutzung anknüpfen;

258) Bericht des 24. Ausschusses in BT-Drucks. Nr. 1794, 3. Wahlper., S. 9, Anm. zu § 28 b.

259) Ebenso Grauvogel, a. a. O.; v. Hausen/v. d. Heide, a. a. O., Erl. 1 zu § 26; Heitzer/Oestreicher, a. a. O., Anm. a zu § 26.

260) Ebenso im Ergebnis Grauvogel, a. a. O., Anm. 5 b zu § 25; v. Hausen/v. d. Heide, a. a. O., Erl. 2 zu § 25.

261) Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 25.

262) Hering, DVBl. 61/223; Sellmann, DWW 60/255 f.

"Art und Mass der baulichen Nutzung" (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, § 30) müssen erkennbar sein. Liegt kein Bebauungsplan vor, so genügt ein förmlicher Beschluss, einen solchen aufzustellen, nicht als formelle Voraussetzung. Ebenso wie im Falle der Veränderungssperre muss die Gemeinde Unterlagen beifügen, aus denen konkrete Planungsabsichten zu ersehen sind ²⁶³⁾. Anderenfalls könnte die Aufsichtsbehörde nicht nachprüfen, ob die Belastung von Grundstücksflächen mit einem Vorkaufsrecht gerechtfertigt ist.

Die materiell-rechtliche Prüfung der Aufsichtsbehörde richtet sich auf die Erforderlichkeit der gemeindlichen Massnahme. Als Versagungsgrund kommt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels in Betracht. Er bindet die Gemeinde nicht nur bei der Ausübung des Vorkaufsrechtes, sondern auch bei der Entscheidung über die Belastung. Die Satzung enthält nämlich selbst einen Eingriff in die Eigentümerposition, weil sie die zu belastenden Grundstücke festlegt ²⁶⁴⁾. Im Rahmen dieser Beurteilung ist die höhere Verwaltungsbehörde auch befugt, die Entscheidung der Gemeinde, einen Bebauungsplan aufzustellen, auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen. Zur Begründung sei auf die grundsätzlichen Darlegungen des vorhergehenden Abschnittes Bezug genommen ²⁶⁵⁾.

Die Aufsichtsbehörde hat ihr Augenmerk aber nicht nur auf Vorgänge zu richten, die der belastenden Satzung vorausgehen, sondern auch auf nachfolgende. Sie hat die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde in ihre Prüfung einzubeziehen. Dies Erfordernis ergibt sich aus dem Umstand, dass der genehmigungsbedürftige Akt im Sinne der §§ 25, 26 vorbereitender Natur ist; die bodenordnende Massnahme ist erst vollzogen, nachdem die Gemeinde von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat. Nach § 25 Abs. 1 Satz 2, § 26 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. mit § 24 darf das Recht ausgeübt werden, wenn "das Wohl der Allgemeinheit dies

263) Schrödter, a. a. O.

264) Schack, a. a. O., S. 230; Sellmann, a. a. O., S. 259, der hier ausdrücklich die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips betont.

265) Siehe die Ausführungen auf S. 78 f.

rechtfertigt". Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Aufsichtsbehörde im Genehmigungsverfahren nicht abschliessend beurteilen kann, ob diese Voraussetzungen in einem künftigen Einzelfall vorliegen. Sie ist auch nicht befugt, in einem gleichartigen Verfahren die Ausübung des Vorkaufsrechts, mit dem das einzelne Grundstück belastet ist, auf seine Rechtmässigkeit hin zu überwachen. Die Ausübung dieses Rechts durch die Gemeinde ist nämlich nicht an die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde gebunden. Gleichwohl wirkt der Rechtfertigungsgrund des § 24 Abs. 2 in das Genehmigungsverfahren nach § 25 Abs. 1 hinein. Es sind Gesichtspunkte denkbar, die im Zeitpunkt dieses Verfahrens vorliegen können und deren Vorliegen den Schluss zulässt, dass eine später erfolgende Ausübung des Vorkaufsrechts in jedem Fall dem Wohl der Allgemeinheit widerspricht, ganz gleich, welches Grundstück im Planbereich betroffen ist. Es handelt sich dabei um generelle, allen satzungsunterworfenen Grundstücken gemeinsame Gesichtspunkte. Hierzu gehört die Fehlerhaftigkeit des Planaufstellungsbeschlusses sowie der Fall, dass eine Gemeinde erkennbar das Vorkaufsrecht ausschliesslich für den Zweck verwenden will, Vorräte von Ersatzland anzusammeln²⁶⁶⁾. So gesehen, entfaltet die Klausel des § 24 Abs. 2 schon bei der Begründung des Vorkaufsrechts Wirkung²⁶⁷⁾.

Für das nach § 26 begründende Recht besitzt ein spezieller Versagungsgrund Bedeutung. Eine nach dieser Vorschrift beschlossene Satzung ist fehlerhaft, wenn sie Flächen bezeichnet, die nicht in einem "Sanierungsgebiet" liegen. Das BBauG bestimmt diesen Begriff in § 5 Abs. 4; es versteht darunter solche Gebiete, "in denen zur Beseitigung städtebaulicher Misstände besondere der Stadterneuerung dienende Massnahmen erforderlich sind"²⁶⁸⁾.

266) Zum letztgenannten Fehlergrund vgl. den anschaulichen Fall der Entsch. BGH, NJW 60/1343 ff.; ferner Sellmann, a. a. O., S. 256.

267) Schrödter, a. a. O., Rdn. 1 zu § 25.

268) Vgl. hierzu näher Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 46-54 zu § 5.

Die Aufsichtsbehörde hat anhand dieser Voraussetzung zu prüfen, ob die belasteten Flächen in einem derartigen Gebiet liegen. Ist das nicht der Fall, so ist sie zur Verweigerung der Genehmigung befugt.

§ 25 regelt nicht, innerhalb welcher Frist die Genehmigungsbehörde zu entscheiden hat; eine Verweisung auf § 6 Abs. 4 fehlt. Hieraus ist nicht zu folgern, der Aufsichtsbehörde stehe eine unbegrenzte Entscheidungsfrist zu. Dies wäre mit dem Umstand, dass die Massnahme des gesetzlichen Vorkaufsrechts auch eine plansichernde Funktion erfüllt ²⁶⁹⁾, unvereinbar. Grauvogel nimmt für den Genehmigungsvorbehalt des § 25 eine "angemessene" Entscheidungsfrist an ²⁷⁰⁾. Diese Auffassung bietet keine klare Lösung. Obwohl eine dem § 16 Abs. 1 Satz 3 nachgebildete Vorschrift fehlt, ist die Regelung des § 6 Abs. 4, die eine Entscheidungsfrist von drei Monaten vorschreibt, entsprechend anzuwenden. Wie schon ausgeführt, dient das Vorkaufsrecht der Sicherung der Bauleitplanung. In dieser Eigenschaft gleicht es der Veränderungssperre, für deren Genehmigung § 6 Abs. 4 gilt (§ 16 Abs. 1 Satz 3). Dem Sicherungszweck entspricht eine möglichst kurze und eindeutig festgelegte Frist. Es bestehen keine Bedenken gegen die Übernahme der dreimonatigen Entscheidungsfrist für den Genehmigungsvorbehalt des § 25. Dem Umstand, dass die Massnahme nach § 25 zusätzlich bodenordnend wirkt, kommt hier keine Bedeutung zu. Diese Überlegungen gelten ebenfalls für das Aufsichtsmittel des § 26.

269) Vgl. die Überschrift des Zweiten Teiles des BBauG, ferner Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. I 1 a zu § 25; Sellmann, a. a. O., S. 255.

270) Grauvogel, a. a. O., Anm. II 5 a zu § 25; gegen eine bestimmte Frist auch Gelzer, a. a. O., S. 299.

IV. Gemeindliche Bauleitplanung und Fachplanung

a) Das BBauG verwendet den Ausdruck "Fachplanung nicht. Es enthält jedoch zahlreiche Vorschriften, in denen Fachplanungen oder Fachplanungsträger angesprochen werden. Als Beispiel seien § 5 Abs. 5 und § 9 Abs. 4 genannt; sie betreffen "Planungen und sonstige Nutzungsregelungen, die nach anderen gesetzlichen Vorschriften festgesetzt sind" bzw. "nach anderen gesetzlichen Vorschriften getroffene Festsetzungen". Ferner regelt § 4 Abs. 1 das Zusammenwirken von Gemeinden und "sonstigen öffentlichen Planungsträgern". Das BBauG umschreibt den Begriff "Fachplanung" auch nicht. Es setzt ihn mit einem bestimmten Bedeutungsinhalt voraus, den er durch die bisherige Rechtsentwicklung erfahren hat. Danach umfasst der Begriff solche Planungen, die auf gesetzlicher Grundlage über die Nutzung des Bodens unter einem speziellen öffentlichen Interesse, nicht allgemeinen städtebaulichen Gesichtspunkten verbindlich entscheiden²⁷¹⁾.

Hierzu gehören insbesondere die in § 38 aufgeführten Planungen²⁷¹⁾ nach dem Bundesfernstrassengesetz²⁷²⁾, dem Bundesbahngesetz²⁷³⁾, dem Telegrafienwegesgesetz²⁷⁴⁾, dem Luftverkehrsgesetz²⁷⁵⁾ und dem Personenbeförderungsgesetz²⁷⁶⁾.

Da Fachplanungen die Bodennutzung mit rechtlicher Verbindlichkeit festlegen, kollidieren sie mit der gemeindlichen Bauleitplanung (vgl. § 1 Abs. 1)²⁷⁷⁾. In zeitlicher Hinsicht können drei Berührungspunkte unterschieden werden: Erstens, es liegen Fachplanungen vor, ehe die Gemeinde Bauleitpläne aufstellt. Hier taucht das Problem der Anpassungspflicht (§ 1 Abs. 3) auf. Zweitens, während der Aufstellung von Bauleitplänen sind Fach-

271) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 1 zu § 7.

272) G i. d. F. v. 6. 8. 61 (BGBl. I, S. 1742).

273) G v. 13. 12. 51 (BGBl. I S. 955).

274) G v. 18. 12. 1899 (RGBl. S. 705).

275) G i. d. F. v. 22. 10. 65 (BGBl. I, S. 1729).

276) G v. 21. 3. 61 (BGBl. I, S. 241).

277) Blümel, DVBl. 60/ 700.

planungsträger bestrebt, ihre Vorstellungen zur Geltung zu bringen. Drittens, Fachplanungsträger wollen von den für sie verbindlich gewordenen Plänen der Gemeinden abweichen. Diese Konfliktslagen erhalten eine besondere Schärfe dadurch, dass Fachplanungen in der Regel überörtlicher Natur und daher den Aufgaben der grösseren, staatlichen Gemeinschaft zugeordnet sind ²⁷⁸⁾.

In diesem Zusammenhang entfaltet die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine Schutzfunktion zugunsten gemeindlicher Planungsinteressen. Aus dieser Verfassungsnorm folgt zunächst, dass jede Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsbereiches gesetzlicher Form bedarf. Der Begriff des "Eingriffes" ist weit zu fassen ²⁷⁹⁾. Letzteres ist für das hier erörterte Rechtsverhältnis wesentlich. Die "Eingriffe" von Fachplanungen in den Bereich kommunaler Planungshoheit lassen sich kaum systematisieren. Zum Verständnis genügt, lediglich einzelne Fallgruppen hervorzuheben. Bestimmte Fachplanungen betreffen Grundstücksflächen, die im Eigentum des Bundes oder eines Landes stehen, dem sie zugeordnet sind, z. B. solche nach dem Bundesfernstrassengesetz, den Landesstrassengesetzen ²⁸⁰⁾ oder dem Bundesbahngesetz. Hier bestimmt der Fachplanungsträger über "eigenen" Grund und Boden. Die verbindliche Festlegung der Bodennutzung bedeutet in diesen Fällen an sich noch keinen Eingriff in den räumlichen Bereich gemeindlicher Planungshoheit. Ein solcher Eingriff liegt jedoch vor, wenn ein Fachplanungsträger "sein" Eigentum vergrössern will, d. h. im Planfeststellungsverfahren zusätzliche Flächen für Bahn- oder Strassenanlagen ausweist. Eine Beeinträchtigung ist ferner bei unveränderter Eigentumslage gegeben, wenn die Fachplanung in anderer Weise in den Raum hineinwirkt, der Gegenstand ge-

278) Vgl. auch Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Einleitg., Rdn. 60.

279) Stern, a. a. O., Rdn. 115 zu Art. 28.

280) Vgl. z. B. hess. G v. 9. 10. 62 (GVBl. S. 437); nieders. G v. 19. 12. 62 (GVBl. S. 251); nordrh.-westf. G v. 4. 12. 61 (GVBl. S. 305).

meindlicher Bauleitplanung ist. Als Beispiele seien die Festlegung von "Bauschutzbereichen" nach dem Luftverkehrsgesetz (§ 12) sowie von Schutzzonen nach dem Bundesfernstrassengesetz (§ 9 Abs. 1, 2) genannt. Schließlich gibt es Fachplanungen, denen in der Regel kein "eigener" Grund und Boden in dem genannten Sinne zur Verfügung steht, z. B. solche nach dem Flurbereinigungsrecht, Landschaftsschutzrecht oder dem Telegrafienweggesetz. In diesen Fällen erfasst die gemeindliche Bauleitplanung den gesamten Raum, auf den sich die betreffende Fachplanung bezieht. Der Eingriffscharakter der Fachplanung ist hier nicht zweifelhaft. Aufgrund des in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalts hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, das Verhältnis der beiden Planungsarten zueinander zu regeln, insbesondere den Vorrang der Fachplanung zu statuieren und näher auszugestalten. Dabei sind ihm jedoch Grenzen gesetzt. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbietet ihm Eingriffe in den unantastbaren Bereich der Selbstverwaltung. Letzteres wäre der Fall, wenn er den Gemeinden die Befugnis, Wohngebiete, Gewerbegebiete, Wochenendhausgebiete usw. in Bebauungsplänen auszuweisen, entzöge und sie jeweils speziellen staatlichen Fachplanungsträgern für Siedlungswesen, gewerbliche Nutzung, Landschaftsschutz usw. übertrüge. Die Aufgliederung der gemeindlichen Planungshoheit in eine Vielzahl von einzelnen staatlichen Fachplanungshoheiten wäre mit der Selbstverwaltungsgarantie unvereinbar. Ein derartiger Eingriff träfe die Gemeinde noch härter als die nicht verfassungsmässige Zwangsregelung des § 4 Abs. 2²⁸¹⁾, da er die Gemeinde auch von der Mitbestimmung in der Planung ausschliesse. Soweit der Gesetzgeber den einschränkbaren Bereich des Selbstverwaltungsrechts berührt, ist er an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels gebunden. Dieses Prinzip gilt auch für gesetzliche Regelungen, die den Vorrang der Fachplanung sichern und im einzelnen festlegen. Entsprechende Einschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit müssen dem

281) Siehe die Ausführungen auf S. 19 ff.

Zweck, Fachplanungsinteressen im Bereich der örtlichen Planung Beachtung zu verschaffen, angemessen sein. Der genannte Grundsatz beherrscht ebenfalls das verfahrensmässige Zusammenwirken zwischen der Gemeinde, die das "Leitungs- und Entscheidungsrecht" ²⁸²⁾ im Sachbereich der Bauleitplanung besitzt, und den verschiedenen Fachplanungsträgern. Jede Beteiligung eines Fachplanungsträgers wirkt sich hemmend auf den Fortgang der Bauleitplanung aus. Die mit der Beteiligung verbundene Verzögerung beeinträchtigt die zügige Durchführung des Planaufstellungsverfahrens. Sie hemmt auf diese Weise die leitende Tätigkeit der Gemeinde. Eine derartige Einschränkung ist gerechtfertigt, soweit Fachplanungsinteressen vorhanden sind, die Berücksichtigung verdienen.

b) Im folgenden Absatz ist darzustellen, wie der Gesetzgeber das Verhältnis von gemeindlicher Bauleitplanung und Fachplanung im BBauG ausgestaltet hat, und zu prüfen, ob er die ihm verfassungsrechtlich gezogenen Grenzen beachtet hat.

1) Das BBauG geht davon aus, dass Programme der einzelnen überörtlichen Fachplanungen vorliegen, ehe die Bauleitplanung der Gemeinde beginnt. Die in § 1 Abs. 3 statuierte Anpassungspflicht setzt die zeitliche Priorität der übergeordneten Planung voraus. Die "Ziele der Raumordnung und Landesplanung" schliessen auch solche der Fachplanung ein. Nach den Landesplanungsgesetzen fliessen die Vorstellungen der Fachplanungsträger in die auf Landes- und regionaler Ebene aufgestellten Raumordnungspläne ein (vgl. Art. 1 Abs. 1 Nr. 2, 10, 11 bay. G, §§ 2 Abs. 2 Nr. 2, 4, 7 Abs. 1 hess. G, §§ 2 Abs. 1, 3, 15 Abs. 1 nieders. G, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 c, 14 nordrh. -westf. G, §§ 3, 4, 10 Abs. 1 Nr. 3, 12 Abs. 1 Nr. 2 rhld. -pflz. G, §§ 1 Abs. 3 b, 2 saarl. G, § 1 Abs. 1 b und 2 schl. -holst. G) ²⁸³⁾. Für das Land Baden-Württemberg sind besondere

²⁸²⁾ Von Gelzer, DVBl. 58/88, zu Recht als Kennzeichen der Selbstverwaltungsaufgabe angesehen.

²⁸³⁾ Fundstellennachweise siehe zu den Fussn. 188-195).

fachliche Entwicklungspläne vorgesehen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 i. Verb. mit § 3)²⁸³⁾. Die Programme der Fachplanungsträger des Bundes schlagen sich ebenfalls in den genannten Plänen nieder. Die Planungsträger des Bundes wirken mit den Trägern der Landesplanung zusammen (vgl. § 5 Abs. 1 und 4, § 6 RaumOrdG; ferner aus dem Landesplanungsrecht § 2 Abs. 2 b nordrh. -westf. G, § 10 Abs. 1 Nr. 3 rhld. -pflz. G, §§ 4 Abs. 2, 1 Abs. 3 c saarl. G). § 1 Abs. 3 BBauG in Verbindung mit den jeweiligen Landesplanungsgesetzen bindet die Gemeinde an die Festsetzungen der einzelnen Fachplanungen. Diese Vorschrift bringt zugleich den Vorrang der Fachplanung zum Ausdruck, der über die Genehmigungsvorbehalte der §§ 6 und 11 durchzusetzen ist.

2) Ausdrücklich regelt das BBauG die Mitwirkung von Fachplanungsträgern während der Aufstellung von Bauleitplänen. Nach § 2 Abs. 5 sollen die Behörden und Stellen beteiligt werden, die Träger öffentlicher Belange sind. Unter diese Gruppe fallen auch Fachplanungsträger (vgl. § 7). Welche Behörden und Stellen im einzelnen heranzuziehen sind, sagt das Gesetz nicht. Der Kreis der Beteiligten ist danach zu bestimmen, inwieweit ein Bauleitplan die von ihnen vertretenen Fachinteressen berührt, insbesondere solche, die den in § 1 Abs. 4 und 5 aufgeführten Erfordernissen entsprechen²⁸⁴⁾. "Beteiligung" bedeutet, dass die Gemeinde den sonstigen Behörden und Stellen vom Planentwurf Kenntnis und Gelegenheit zur Stellungnahme gibt²⁸⁵⁾. Die Beteiligungspflicht ist nicht mit einer bestimmten gesetzlich vorgeschriebenen Äusserungsfrist verbunden. Daraus folgt jedoch nicht der Schluss, dem Verfahrensbeteiligten stehe beliebig Zeit zur Verfügung. Der angesprochene Fachplanungsträger hat ohne schuldhaftes Zögern Stellung zu nehmen, d. h. innerhalb eines Zeitraumes, der für eine sorgfältige Prüfung des Planentwurfs im Hinblick auf die berührten

284) Diese Gesichtspunkte begrenzen den Kreis der Beteiligten jedoch nicht abschliessend, a. A. Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. V 3 zu § 2; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 24 zu § 2.

285) Grauvogel, a. a. O., Anm. V 4 zu § 2.

Fachplanungsinteressen ausreicht²⁸⁶⁾. Die Regelung des § 2 Abs. 5 ist nicht zu beanstanden. Ihre Ausgestaltung als Sollvorschrift unterstreicht im Gegenteil die planleitende Funktion der Gemeinde; unterlässt diese eine Beteiligung, so macht dieser Mangel den Plan allein noch nicht fehlerhaft mit der Folge, dass die Genehmigung nach § 6 oder 11 zu versagen wäre²⁸⁷⁾.

Das Verhältnis von Bauleitplanung und Fachplanung erfährt eine Belastungsprobe, wenn der Fachplanungsträger dem Entwurf der Gemeinde widerspricht. Das BBauG regelt die Rechtslage unterschiedlich, je nachdem es sich um einen Flächennutzungsplan oder einen Bebauungsplan handelt. Im ersteren Falle entfällt für den Widersprechenden die Pflicht, seine Fachplanung der vorbereiteten Bauleitplanung anzupassen (§ 7 Satz 1). Wie der Interessengegensatz gelöst werden soll, lässt das BBauG offen. Eine vom Bundesrat vorgesehene Ergänzung des § 6 Abs. 1 mit folgendem Wortlaut:

"Haben nach § 2 Abs. 5 beteiligte öffentliche Planungsträger im Hinblick auf beabsichtigte eigene Planungen dem Flächennutzungsplan widersprochen, so soll die höhere Verwaltungsbehörde eine Entscheidung herbeiführen".²⁸⁸⁾

ist nicht Gesetz geworden. Der Vorgang aus der Entstehungsgeschichte des BBauG lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber eine zwangsweise durch den Spruch der Aufsichtsbehörde herbeiführende Schlichtung nicht einführen wollte. Diese Negativentscheidung lässt auch für eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 1 keinen Raum. Diese Vorschrift behandelt die Zulässigkeit von Bauvorhaben und verleiht der höheren Verwaltungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidungsbefugnis, falls sich die Gemeinde nicht mit bestimmten Verfahrensbeteiligten einigt. Positiv gesehen, bleibt nur der Weg der gütlichen Einigung²⁸⁹⁾. Dabei ist die Aufsichtsbehörde nicht gehindert, beratend die Einigungsbemühungen zu fördern²⁹⁰⁾, obwohl eine dem § 7 Abs. 3 Satz 2 nieders. AufbauG nachgebildete posi-

286) Vgl. auch Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 25 zu § 2.

287) Siehe die Ausführungen auf S. 58 ff.

288) BR-Drucks. 139/1/60, Abschn. II Nr. 3.

289) Ebenso Hering, DVBl. 61/ 219; Wambsganz, DVBl. 61/499.

290) Vgl. auch Zinkahn / Bielenberg, a. a. O., Rdn. 13 zu § 7.

tive Regelung fehlt. Nach dieser Vorschrift war in gleichartigen Fällen eine Einigung von der höheren Verwaltungsbehörde, gegebenenfalls in gemeinsamer Verhandlung, anzustreben. Das dargestellte Verfahren verzögert, verglichen mit der Zwangsregelung, die Aufstellung von Bauleitplänen. Diese Wirkung lässt sich aber dadurch abschwächen, dass die nicht vom Widerspruch betroffenen Teile des Bauleitplanes vorweg genehmigt werden ²⁹⁰⁾.

Ist ein Bebauungsplan im Streit, so gilt § 7 nicht ²⁹¹⁾. Die Gemeinde hat hier lediglich die Möglichkeit, die Stellungnahme des widersprechenden Fachplanungsträgers nach § 2 Abs. 6 Satz 5 der Aufsichtsbehörde im Genehmigungsverfahren vorzulegen, falls der Interessengegensatz nicht durch gütliche Einigung ausgeräumt worden ist. Die erteilte Genehmigung begründet die Rechtsverbindlichkeit des Bebauungsplanes auch gegenüber den Fachplanungsträgern. Die Bindung ergibt sich aus dem Rechtsnormcharakter des Bebauungsplanes (§ 10). Diese Annahme wird durch die Vorschriften der §§ 30 und 37 bestätigt. Nach § 30 ist ein Bauvorhaben u. a. zulässig, wenn es den Festsetzungen eines Bebauungsplanes nicht widerspricht. Diese Regelung erfasst auch Vorhaben von Fachplanungsträgern. Ferner setzt § 37 eine derartige Bindung voraus, wenn dort zugunsten baulicher Anlagen des Bundes oder eines Landes Ausnahmen zugelassen werden ²⁹²⁾.

Das BBauG beschränkt Fachplanungsträger nicht auf das Beteiligungsrecht nach § 2 Abs. 5. Unter bestimmten Voraussetzungen wächst ihnen die Befugnis zu, Bauleitpläne aufzustellen, nämlich dann, wenn sie sich mit einer oder mehreren Gemeinden zu einem Planungsverband zusammenschliessen, um durch gemeinsame zusammengefasste Bauleitplanung einen Ausgleich der gegenseitigen Interessen zu erreichen (§ 4 Abs. 1). Soweit die Aufstellung von Flächennutzungsplänen Gegenstand der Planung ist, besteht auch die Möglichkeit einer zwangsweisen Verbandsbildung (§ 4 Abs. 2) ²⁹³⁾.

291) Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. I 4 zu § 7.

292) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 22 zu § 7.

293) Siehe die Ausführungen auf S. 24 f.

Von dieser Ausnahme abgesehen, weist das BBauG den Gemeinden gegenüber Fachplanungsträgern eine starke Position im Planaufstellungsverfahren zu. Das unterstreichen auch folgende Vorschriften. Nach § 5 Abs. 5 sollen Planungen und sonstige Nutzungsregelungen, die nach anderen gesetzlichen Vorschriften festgesetzt sind, nachrichtlich in den Flächennutzungsplan übernommen, in Aussicht genommene Festsetzungen dieser Art im Plan vermerkt werden. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass Fachpläne nicht Bestandteil des Flächennutzungsplanes werden; massgeblich für die städtebauliche Ordnung und genehmigungsbedürftig sind allein die Festsetzungen des gemeindlichen Planes ²⁹⁴⁾. Bemerkenswert ist ferner, dass die Übernahmepflicht in einer Sollvorschrift verankert ist. Für den Bebauungsplan ergibt sich eine gleichartige Rechtslage (§ 9 Abs. 4 Satz 1). Umgekehrt statet das BBauG den Bauleitplan mit Rechtswirkungen aus, die eine Beschränkung der Planaufstellungskompetenz bestimmter Fachplanungsträger bedeuten. § 183 Nr. 2 ändert die Vorschrift des § 17 Abs. 3 FStrG dahin, dass Bebauungspläne nach § 9 BBauG die verbindliche Planfeststellung des Bundesfernstrassengesetzes ersetzen. Weist die Gemeinde unter Mitwirkung des Strassenbaulastträgers eindeutig begrenzte Verkehrsflächen aus (§ 183 Nr. 1 BBauG i. Verb. mit § 9 Abs. 7 FStrG), so können inhaltsgleiche Festsetzungen von Fachplanungsträgern nach dem Bundesfernstrassengesetz nicht mehr getroffen werden ²⁹⁵⁾. Eine gleichartige Regelung trifft § 28 Abs. 3 Satz 1 PBefG. Weitergehende Einflussmöglichkeiten im Fachplanungsbereich räumt § 5 Abs. 6 der Gemeinde ein: Sie kann für Flächen, die dem Landschaftsschutz unterliegen, Nutzungsregelungen eines vorbereitenden

294) Grauvogel in Brügelmann u. a., a. a. O., Anm. IV zu § 5; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 67 zu § 5.

295) Blümel, DVBl. 60/702, sieht in § 183 den Vorrang gemeindlicher Planung verankert; richtigerweise handelt es sich hier lediglich um den Vorrang der Planform; materiell ist der Fachplanungsträger auch in diesen Fällen in der Lage, die Gestaltung des Bauleitplanes über § 1 Abs. 3, § 6 entscheidend zu bestimmen.

Bauleitplanes vorsehen, soweit dies für ihre städtebauliche Entwicklung erforderlich ist und überwiegende Belange des Natur- und Landschaftsschutzes nicht entgegenstehen; der nachfolgende Bebauungsplan setzt die ihm widersprechenden Festsetzungen des Landschaftsschutzes ausser Kraft. Im letzteren Falle verkehrt das BBauG den Vorrang der Fachplanung ins Gegenteil ²⁹⁶⁾.

Weniger ausführlich ordnet das BBauG das Verhältnis von Bauleitplanung und Fachplanung unter materiellen Gesichtspunkten. Als einziger, aber auch bedeutsamer Grundsatz ist das Gebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 zu nennen. Es macht der Gemeinde unter anderem zur Pflicht, bei der Aufstellung von Bauleitplänen die öffentlichen Belange untereinander gerecht abzuwägen. Es bedeutet nicht nur, dass die Gemeinde innerhalb ihrer städtebaulichen Planung die verschiedenen öffentlichen Interessen an der Ausweisung von Wohnbaugebieten, Gewerbegebieten, Wochenendhausgebieten usw. miteinander in Einklang zu bringen hat ²⁹⁷⁾, es verpflichtet sie auch, allgemeine städtebauliche Belange (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 BaunutzungsVO) gegenüber Fachplanungsinteressen abzuwägen. Die soeben behandelte Regelung des § 5 Abs. 6 enthält eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes ²⁹⁸⁾. Das Abwägegebot ist zwingendes Recht und daher als Versagungsgrund im Genehmigungsverfahren nach § 6, § 11 beachtlich.

Ein Vergleich der formellen und materiellen Regeln, die das Verhältnis von Bauleitplanung und Fachplanung im örtlichen Planaufstellungsverfahren betreffen, zeigt folgendes Bild: Der Gesetzgeber hat die formelle Seite des Verhältnisses erkennbar "selbstverwaltungsfreundlich" gestaltet; die "federführende" Gemeinde ist an eine Anzahl von Sollvorschriften gebunden. Demgegenüber zeichnet sich die materielle Seite dadurch aus, dass die Gemeinde zwingendes Recht zu beachten hat. In diesem Zu-

²⁹⁶⁾ Halstenberg, DÖV 61/569.

²⁹⁷⁾ Zu dieser Aufgabe des Abwägegebotes vgl. Zinkahn/Bielenberg, Rdn. 52 zu § 1.

²⁹⁸⁾ Ebenso Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 74 zu § 5.

sammenhang werden auch die Planungserfordernisse des § 1 Abs. 4 und 5 bedeutsam, soweit die entsprechenden Interessen von Fachplanungsträgern vertreten werden. Die Genehmigungsvorbehalte der §§ 6 und 11 entfalten auch insoweit eine sichernde Funktion.

3) Auch nachdem die Gemeinde Bauleitpläne aufgestellt hat, können Konfliktslagen, die regelungsbedürftig sind, eintreten. Das ist dann der Fall, wenn ein Fachplanungsträger nachträglich seine Planung ändert. § 7 Satz 2 bestimmt hierzu für den Flächennutzungsplan, dass öffentliche, nach § 2 Abs. 5 beteiligte Planungsträger sich unverzüglich mit der Gemeinde ins Benehmen zu setzen haben, sofern eine Veränderung der Sachlage eine abweichende Planung erforderlich macht. Diese Regelung enthält eine positiv-rechtliche Ausprägung der "clausula rebus sic stantibus" ²⁹⁹⁾. Unter den genannten Voraussetzungen entfällt die vertragsähnliche Bindung ³⁰⁰⁾ des Fachplanungsträgers an den vorbereitenden Bauleitplan (vgl. § 7 Satz 1). Die Fachplanungsstelle hat die Gemeinde ohne schuldhaftes Zögern über ihre abweichende Planung in Kenntnis zu setzen ³⁰¹⁾, damit diese ihren Flächennutzungsplan auf die Änderung abstimmen kann. "Benehmen" schliesst auch ein, dass der Fachplanungsträger eine Einigung mit der Gemeinde versuchen soll ³⁰¹⁾. Das BBauG hat in § 7 Satz 2 - ebenso wie im Widerspruchsfall während der Planaufstellung (§ 7 Satz 1) - eine gütliche Bereinigung des Interessengegensatzes im Auge. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass eine nachträgliche Änderung einer Fachplanung einen Eingriff in die gemeindliche Planungshoheit darstellt. Nach § 7 bleibt

299) Vgl. auch Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. V 1 zu § 7.

300) Diese Bindung ist gesetzlich festgelegt. Sie hängt infolgedessen nicht davon ab, ob der Flächennutzungsplan seinem Wesen nach ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, so Hering, DVBl. 61/219, oder Rechtsnorm, so Bielenberg, DVBl. 60/546 f., Komm. z. VwGO (2.), Anm. 2 e zu § 42 (S. 153), ist.

301) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 21 zu § 7; Grauvogel, a. a. O., Anm. V 1 zu § 7.

der Flächennutzungsplan zwar gültig, der betreffende Fachplanungsträger ist aber nicht gehindert, in einem fachgesetzlichen Planfeststellungsverfahren die Bodennutzung der veränderten Sachlage gemäss neu zu bestimmen. Diese Planfestsetzungen sind für die bauliche Nutzung der betroffenen Flächen massgebend. Derartige Eingriffe können die gemeindliche Planungshoheit empfindlich berühren. Wird z. B. die Lage bestimmter baulicher Anlagen wie die von Strassen und Flugplätzen neu festgelegt, so bedingt diese Änderung, dass auch die Grenzen für die gesetzlich vorgeschriebenen Schutzzonen (vgl. § 9 Abs. 1 und 2 FStrG, § 12 Abs. 2 und 3 LuftverkehrsG) neu zu ziehen sind. Derartige Massnahmen nötigen die Gemeinde ihrerseits zu unvorhergesehenen Plandispositionen. Die Gemeinde hat die Möglichkeit, sich im Rechtswege gegen derartige Eingriffe in den Selbstverwaltungsbereich zur Wehr zu setzen³⁰²⁾. Sie kann sich dabei auf ihr durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschütztes Selbstverwaltungsrecht berufen. Der mit der Änderung der Fachplanung verbundene Eingriff ist rechtswidrig, sofern eine Veränderung der Sachlage (§ 7 Satz 1) nicht vorliegt oder die Änderung nicht erforderlich ist³⁰³⁾. Im letzteren Falle entfaltet wiederum der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Mittels eine Schutzfunktion zugunsten der Gemeinde.

Für den Bebauungsplan sieht das BBauG eine dem § 7 Satz 2 entsprechende Vorschrift nicht vor. Es fragt sich, welche Regeln gelten, falls ein Fachplanungsträger seine ursprüngliche Planung, die in einem inzwischen rechtswirksam gewordenen Bebauungsplan Eingang gefunden hat, ändert. Regelungsbedürftig erscheint, dass der Planungsträger bei veränderter Sachlage von der Bindungswirkung des Bauleitplanes freigestellt wird. Die Bestimmungen des § 31 und § 37 bieten sich an. Nach § 31 Abs. 2 kann von den Festsetzungen des Bebauungsplanes unter anderem Befreiung erteilt werden, wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern.

302) Ebenso Schrödter, a. a. O., Rdn. 3 zu § 7; Zinkahn/Bielenberg, Rdn. 21 zu § 7.

303) Schrödter, a. a. O.

Die Änderung einer Fachplanung dürfte diese Voraussetzung kaum erfüllen. Bei § 31 Abs. 2 stehen allgemeine städtebauliche Gesichtspunkte im Vordergrund. Nach § 37 kann Befreiung erteilt werden, wenn die besondere öffentliche Zweckbestimmung einer baulichen Anlage des Bundes oder eines Landes dies gebietet. Auch diese Vorschrift kommt nicht zum Zuge. Sie dispensiert zwar von der allgemeinen städtebaulichen Zweckbestimmung, sie vermag insofern dem Interesse einer Fachplanung Rechnung zu tragen. Der Dispens bezieht sich aber nach der Fassung des § 37 eben nur auf die Zweckbestimmung. Eine Veränderung der Belegenheit einer baulichen Anlage, der Regelfall einer Planänderung, deckt er nicht. Andere Rechtsnormen, welche die Lösung von der Bindungswirkung des Bebauungsplanes ermöglichen, kommen nicht in Betracht.

Gleichwohl ist der Fachplanungsträger nach den Vorstellungen des BBauG nicht gehindert, bei veränderter Sachlage ein neues Planfeststellungsverfahren aufgrund des betreffenden Fachgesetzes durchzuführen. § 38 bringt dies zum Ausdruck. Nach dieser Regelung bleiben die Vorschriften der dort genannten Fachgesetze von den Bestimmungen des Dritten Teils des Gesetzes unberührt; dieser Abschnitt befasst sich mit der baulichen und sonstigen Nutzung von Grundstücken (§§ 29 ff.). Gelten nach § 38 die entsprechenden fachgesetzlichen Vorschriften weiter, so bezieht sich diese Klarstellung zugleich auf die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren (vgl. auch § 38 Satz 2). Beide Gruppen bilden nämlich eine untrennbare Einheit³⁰⁴⁾. Bei veränderter Sachlage kann demnach der Fall eintreten, dass zwei verschiedene Planfeststellungsverfahren, nämlich das gemeindliche nach dem BBauG sowie das fachgesetzliche, die Nutzung ein und desselben Grundstückes unterschiedlich bestimmen. Die Gemeinde weist z. B. eine bestimmte Fläche für gewerbliche Bauten aus, der Fachplanungsträger beansprucht dieses Gebiet für seine speziellen Zwecke.

304) Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 24 zu § 7.

Zwei Möglichkeiten, diesen Interessengegensatz zu lösen, sind denkbar. Die betroffenen Planungsträger streben eine gütliche Einigung an. Dies geschieht praktisch in der Weise, dass die Beteiligten Fach- oder Koordinierungsausschüsse bilden ³⁰⁵⁾. Das BBauG hindert dieses Verfahren nicht. Der andere Weg ist die Durchsetzung eines Planungsinteresses mit hoheitlichen Mitteln. Regelungsbedürftig ist die Frage, ob und inwieweit der nachträglich geänderte Fachplan die Nutzung der betroffenen Grundstücksfläche rechtsverbindlich bestimmt. Als Mittel kommt ein gesetzlicher Befehl in Betracht, der eine eindeutige Aussage über den Vorrang der Fachplanung und dessen Grenzen enthält. Er kann die einer Fachplanung widersprechende Bauleitplanung unter bestimmten Voraussetzungen ipso iure für unwirksam erklären, er kann jedoch auch eine Anpassungspflicht zu Lasten der Gemeinde festlegen.

Es ist zu untersuchen, ob derartige "Kollisionsnormen" bestehen. Eine ausdrückliche Regelung enthält das BBauG nicht ³⁰⁶⁾.

Mittelbar könnte sich aus § 38 Satz 3 in Verbindung mit § 37 Abs. 3 ergeben, dass dieses Gesetz den Vorrang der Fachplanung voraussetzt. Aufgrund der genannten Bestimmungen kann die Gemeinde vom Fachplanungsträger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die ihr dadurch entstanden sind, dass sie im Anschluss an Planfeststellungen nach den in § 38 genannten Sondergesetzen Massnahmen getroffen hat; das gleiche gilt für die Kosten eines infolge dieser Massnahmen aufgestellten, geänderten, ergänzten oder aufgehobenen Behauungsplanes. Diese Regelung setzt jedoch eine Anpassungspflicht der Gemeinde nicht zwingend voraus. Sie besagt lediglich, dass der Gemeinde Rechtsansprüche erwachsen, falls sie im Hinblick auf fachgesetzliche Planfeststellungen bestimmte Massnahmen ergreift.

305) Vgl. Blümel, a. a. O., S. 701.

306) Dies bemängelte Blümel, a. a. O., S. 702, für den Regierungsentwurf des BBauG zu Recht.

Für die Fachplanung nach dem Bundesfernstrassengesetz stellt § 16 Abs. 2 Satz 3 den Grundsatz auf, dass die Bundesplanung den Vorrang vor der Orts- und Landesplanung hat. Diese Vorschrift kann jedoch nicht als "Kollisionsnorm" für den speziell hier angesprochenen Bereich angesehen werden. Aus ihrer gesetzes-systematischen Einordnung folgt, dass sie sich auf das Planfest-stellungsverfahren nach dem Bundesfernstrassengesetz bezieht und für die in diesem Verfahren zu treffenden Ermessensent-scheidungen eine Richtlinie aufstellt. ³⁰⁷⁾

Es fragt sich ferner, ob es eine ungeschriebene "Kollisionsnorm" des Inhalts gibt, dass die Fachplanung der gemeindlichen Planung vorgeht. Der tragende Grund des Gebotes könnte der in der Regel gegebene überörtliche Charakter der Fachplanung sein. So ge-sehen, würde eine derartige Rechtsnorm eine besondere Ausprä-gung des schon erwähnten Prinzips enthalten, dass sich die ört-liche in die überörtliche Planung einzuordnen hat. Es ist unbe-stritten, dass der letztgenannte Grundsatz eine neuzeitliche Ge-bietsplanung massgebend bestimmt. In der gleichen Weise ist der Vorrang der Fachplanung als generelle Richtlinie anerkannt. Das reicht jedoch für die Annahme einer "Kollisionsnorm" nicht aus. Aus Gründen der Rechtsklarheit muss eine derartige Norm eine präzise Aussage darüber machen, ob und in welchem Umfange eine Fachplanung der Bauleitplanung vorgeht. Eine ungeschriebene Rechtsnorm wäre zu unbestimmt, um Interessengegensätze be-friedigend lösen zu können. Trotz des generellen Vorranges der Fachplanung können Fallagen eintreten, in denen eine Umkehrung des Vorranges für einzelne Fachbereiche zweckmässig erscheint, wie die schon erörterte ³⁰⁸⁾ gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 6 zeigt.

307) a. A. anscheinend Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 32 zu § 7.

308) Siehe die Ausführungen auf S. 95 f.

Die bisherige Untersuchung hat einen brauchbaren rechtlichen Masstab für die Lösung des hier erörterten Interessenkonflikts nicht ergeben. Dennoch bietet das positive Recht einen Weg, den Gegensatz zwischen der Gemeinde und einem Fachplanungsträger mit hoheitlichen Mitteln zu beseitigen. Letzterer hat die Möglichkeit, die bei veränderter Sachlage im fachgesetzlichen Planfeststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen zu "Zielen der Landesplanung" (§ 1 Abs. 3) erklären zu lassen. Ist das in der vorgeschriebenen Weise geschehen ³⁰⁹⁾ so werden die Entscheidungen Gegenstand der Anpassungspflicht. Weigert sich die Gemeinde, ihre Bauleitpläne entsprechend zu ändern, so kann eine Änderung im Aufsichtswege, notfalls mit Hilfe der Ersatzvornahme erzwungen werden ³¹⁰⁾. Ist die Gemeinde der Auffassung, die abweichende Fachplanung sei nicht gerechtfertigt und schränke deshalb in unzulässiger Weise ihre Planungshoheit ein, so kann sie die Aufsichtsmassnahmen gerichtlich anfechten.

Das BBauG hat das Verhältnis von gemeindlicher Planung und staatlicher Fachplanung in zahlreichen Vorschriften angesprochen. Die Regelungen sind über das ganze Gesetz verstreut. Der Bedeutung des Gegenstandes hätte es entsprochen, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis in einem besonderen Abschnitt umfassend geordnet hätte. Im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind die getroffenen Regelungen nicht zu beanstanden. Sie greifen in den unantastbaren Bereich der Selbstverwaltung nicht ein. Das gilt insbesondere von § 37. Nach dieser Vorschrift kann die höhere Verwaltungsbehörde, in den Fällen des Absatzes 2 unter bestimmten Voraussetzungen eine andere staatliche Behörde, gegen den Widerspruch der Gemeinde Ausnahmen von einer Veränderungssperre (§ 14) sowie von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes (§ 31) zulassen und Baugenehmigungen nach den §§ 33-35 erteilen (§ 36),

309) Siehe die Ausführungen auf S. 91 f.

310) Vgl. Grauvogel in Brügemann u. a., a. a. O., Anm. II 2 zu § 2; Schrödter, a. a. O., Rdn. 2 zu § 2; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 15 zu § 2.

sofern die besondere öffentliche Zweckbestimmung einer baulichen Anlage des Bundes oder eines Landes dies erfordert. Diese Einschränkung der gemeindlichen Selbstverwaltung ist hinzunehmen. Die Entscheidungsbefugnis der Aufsichtsbehörde betrifft einzelne Fälle aus der Vielzahl der von der Gemeinde zu treffenden Nutzungsregelungen. Sie stellt die gemeindliche Planungshoheit nicht in Frage ³¹¹⁾.

V. Gemeindliche Bauleitplanung und Bauaufsicht

Das BBauG hat nicht alle plansichernden und planvollziehenden Massnahmen in die Hand der gemeindlichen Selbstverwaltung gelegt. Bestimmte Aufgaben sind den "Baugenehmigungsbehörden" übertragen worden. Diese haben über Ausnahmen von einer Veränderungs-sperre zu entscheiden (§ 14 Abs. 2), Baugesuche zurückzustellen (§ 15) sowie über Bodenverkehrs- (§ 19 Abs. 4), Baugenehmigungen, Baudispense und Ausnahmen (§ 29 ff.) zu befinden. Nach der Gesetzessprache des BBauG ist die "Baugenehmigungsbehörde" eine ausserhalb der Gemeinde stehende Verwaltungsinstanz (vgl. § 19 Abs. 4 Satz 1). Den Gesetzgeber haben in erster Linie materiell-rechtliche und formell-rechtliche Fragen beschäftigt, die auftauchen, wenn die Gemeinde nicht Bauaufsichtsbehörde ist. Allein § 19 Abs. 4 Satz 1 berücksichtigt für die Bodenverkehrsgenehmigung eine davon abweichende Zuständigkeitsordnung. Nach dieser Vorschrift erteilt die Gemeinde die Genehmigung, wenn sie für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig ist. Entsprechendes gilt für die Ausnahmegewilligungen nach § 14 Abs. 2 und § 31. Den folgenden Abschnitten wird die Rechtslage zugrunde gelegt, die sich bei getrennten Zuständigkeiten ergibt.

311) Für die Verfassungsmässigkeit des § 37 auch Schrödter, a. a. O., Rdn. 3 zu § 37.

a) Die Baugenehmigungsbehörde entscheidet ausschliesslich über die Genehmigung oder die Ausnahmegewilligung; sie tritt allein nach "ausser" gegenüber dem antragstellenden Bürger in Erscheinung. In den Verwaltungsverfahren nach den §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4, 31, 33 - 35 wirkt die Gemeinde in der Weise mit, dass die Baugenehmigungsbehörde nach Maßgabe dieser Vorschriften "im Einvernehmen" mit ihr entscheidet. Diese Beteiligungsbefugnis bedeutet mindestens, dass die Gemeinde der von der Baugenehmigungsbehörde zu treffenden Massnahme zustimmen muss³¹²⁾. Sie ist als Ausfluss der gemeindlichen Planungshoheit zu verstehen³¹³⁾. Die von der Selbstverwaltungskörperschaft vertretenen städtebaulichen Interessen werden berührt, wenn die Bauaufsichtsbehörde eine Bodenverkehrs- oder Baugenehmigung erteilt oder eine Ausnahme von einer Veränderungssperre oder von den Nutzungsregelungen eines Bebauungsplanes zulässt.

Nicht so einleuchtend sind die Zuständigkeiten der Baugenehmigungsbehörde zu rechtfertigen. Das wäre der Fall, wenn sich sagen liesse, diese Behörde nehme ausschliesslich Interessen der Bauaufsicht wahr. Die Bauaufsichtsbehörde bezieht auch städtebauliche Belange in ihre Überlegungen ein³¹⁴⁾. Andererseits hat die Gemeinde in der Bauleitplanung Gesichtspunkte der Gefahrenabwehr zu berücksichtigen; nach § 1 Abs. 4 Satz 1 haben Bauleitpläne der Sicherheit der Bevölkerung Rechnung zu tragen³¹⁵⁾. Es bleibt die Möglichkeit, die Zuständigkeit der Baugenehmigungsbehörde damit zu begründen, dass sie primär unter dem Zweck der Gefahrenabwehr tätig wird³¹⁶⁾. Aber auch hier ist eine Ein-

312) BVerwG, DVBl. 66/179 f.; VGH Bad.-Württ., DVBl. 66/177 (178); VGH Hess., DÖV 64/744 (745); Fickert, DVBl. 64/173.

313) Bericht des 24. Ausschusses zu BT-Drucks. 1794, 3. Wahlper. S. 11, Anm. zu § 31 d, S. 7, Anm. zu § 23.

314) Meyer, Jubiläumsschrift 100 Jahre deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. II, S. 234; Wambsganz, DVBl. 61/464 f.; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Einführung, Rdn. 57.

315) Meyer, a. a. O.; Wambsganz, a. a. O., S. 465.

316) VGH Bad.-Württ., DÖV 64/386 (387).

schränkung geboten. Nach § 14 Abs. 2 und § 31 hat die Baugenehmigungsbehörde über Ausnahmen von einer Veränderungssperre sowie über Ausnahmegewilligungen und Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes zu befinden. Nach der Vorstellung des BBauG wurzeln jedoch die zugehörigen grundsätzlichen Entscheidungen, nämlich der Beschluss einer Veränderungssperre sowie die Aufstellung eines Bebauungsplans, in der gemeindlichen Planungshoheit. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfordert qualitativ dieselbe Verwaltungstätigkeit. In gleicher Weise verhält es sich mit der nach § 15 vorgesehenen Massnahme. Die Zurückstellung von Baugesuchen ist ebenso ein Sicherungsmittel wie die Veränderungssperre, nur mit dem Unterschied, dass es nicht generell für das ganze Plangebiet, sondern im Hinblick auf einzelne Grundstücke angewandt wird. Von der Sache her wäre in den Fällen der §§ 14 Abs. 2, 31 und 15 die alleinige Zuständigkeit der gemeindlichen Selbstverwaltung die angemessene Lösung gewesen. Insoweit erfüllen die Bauaufsichtsbehörden Aufgaben der Bauleitplanung.

In gewissen Fällen beteiligt das BBauG zusätzlich die höhere Verwaltungsbehörde am Verfahren. Diese hat zuzustimmen, wenn die Bauaufsichtsbehörde eine Ausnahme von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes zulässt, die nicht im Plan vorgesehen ist (§ 31 Abs. 2), Baugenehmigungen für Vorhaben im Aussenbereich (§ 35 Abs. 2) oder für Vorhaben während der Aufstellung eines Bebauungsplanes (§ 33) erteilt (§ 36) oder eine Bodenverkehrsgenehmigung für Grundstücksgeschäfte im Aussenbereich nach § 19 Abs. 4 Satz 2 gewährt. Den genannten Tatbeständen ist gemeinsam, dass ein Bebauungsplan entweder nicht vorliegt oder die beehrte Grundstücksnutzung nicht ausweist. Die Aufsichtsbehörde ist in diesen Fällen eingeschaltet, um zu verhindern, dass die Erteilung der Genehmigung oder des Dispenses die künftige verbindliche Bauleitplanung erschwert oder die gegenwärtige gefährdet. Hierbei hat sie auch die Beachtung überörtlicher Gesichtspunkte

zu überwachen³¹⁷⁾. Die Zustimmungsvorbehalte sind gleichzeitig mit der Aufnahme der dargestellten gemeindlichen Beteiligungsbefugnis oder jedenfalls im Zusammenhang mit ihr in das Gesetz eingeführt worden³¹⁸⁾. Dieser Umstand und die dargestellten Genehmigungs- und Ausnahmetatbestände machen deutlich, dass diese Vorbehalte im Hinblick auf die Mitwirkung der gemeindlichen Selbstverwaltung als Aufsichtsmittel gedacht sind. Im Gegensatz zu den bisher behandelten Vorbehalten sind diese Zustimmungserfordernisse jedoch nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung eines bestimmten gemeindlichen Handelns ausgestaltet. Die Einverständniserklärung der Gemeinde in den Fällen der §§ 19 Abs. 4 Satz 2, 31 Abs. 2, 36 ist nicht an die aufsichtsbehördliche Mitwirkung gebunden. Die präventive Kontrolle wird dadurch erzielt, dass die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde ein zusätzliches Erfordernis für die Erteilung der Genehmigung oder der Ausnahmebewilligung bildet. Es bestehen erhebliche Zweifel an der sachlichen Notwendigkeit dieses so gestalteten Aufsichtsmittels. Die Weisungsbefugnis der höheren Bauaufsichtsbehörde gegenüber der Baugenehmigungsbehörde erfüllt bereits den dargestellten Aufsichtszweck³¹⁹⁾. Die erstgenannte Behörde ist in der Regel mit der höheren Verwaltungsbehörde identisch. Die Erteilung städtebaulich bedenklicher Genehmigungen oder Dispense kann durch eine Anweisung an die Baugenehmigungsbehörde verhindert werden, ohne dass die Mitwirkung der Kommunalaufsicht erforderlich wäre. Ist das aber der Fall, so verzögert die zusätzliche Beteiligung der höheren Verwaltungsbehörde das Verwaltungsverfahren unangemessen. Dieser Nachteil belastet letzten Endes den antragstellenden Bürger. Insoweit sind die behandelten Vorschriften des BBauG ungenügend durchdacht.

317) OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 64/745 (747); Stich, DVBl. 63/194.

318) Vgl. Bericht des 24. Ausschusses, a. a. O., S. 11.

319) Vgl. auch Pietzonka, NJW 61/1426 f.; OVG Rheinland-Pfalz, a. a. O., S. 747.

b) Nach diesen grundsätzlichen Vorbemerkungen sind nunmehr einzelne Verwaltungsverfahren näher zu betrachten. Dabei sollen die Ausnahmeregelungen der §§ 14 Abs. 2 und 31 Abs. 1, 2 sowie die Genehmigungen nach den §§ 19, 33-35 jeweils zusammengefasst werden.

1) § 14 Abs. 2 bestimmt, dass von der Veränderungssperre eine Ausnahme zugelassen werden kann, wenn überwiegende Belange nicht entgegenstehen; die Entscheidung über Ausnahmen trifft die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde. Nach § 31 Abs. 1 kann die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde von den Festsetzungen des Bebauungsplans solche Ausnahmen zulassen, die im Plan nach Art und Umfang vorgesehen sind. Nach § 31 Abs. 2 kann die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde und mit Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde Befreiung erteilen, wenn die Durchführung des Bebauungsplanes im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung fordern. Aus dem Wortlaut dieser Tatbestände folgt, dass in den Fällen des § 14 Abs. 2 die positive und negative Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde an das Einverständnis der Gemeinde gebunden ist ³²⁰⁾, in den Fällen des § 31 lediglich die positive ³²¹⁾. Diese Regelungen sind sachlich begründet. Für die letztgenannte Vorschrift hebt Meyer mit Recht hervor, dass lediglich eine Ausnahme oder eine Befreiung den Bebauungsplan gefährden, deren Ablehnung jedoch nicht ³²²⁾. Bei der Ausnahmegewilligung nach § 14 Abs. 2 liegt zwar eine vergleichbare Lage vor.

320) Grauvogel in Brügelmann u. a., Anm. VI 3 a zu § 14; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 5 zu § 14; Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., Rdn. 51 zu § 14.

321) Grauvogel, a. a. O., Anm. 5 c zu § 31; Heitzer/Oestreicher, a. a. O., Anm. 1 zu § 31; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 3 zu § 31.

322) Meyer, a. a. O., S. 246.

Die besondere Eigenart des Sicherungsmittels der Veränderungssperre lässt jedoch die Mitwirkung der Gemeinde auch dann als geboten erscheinen, wenn die Baugenehmigungsbehörde eine Ausnahme nicht zulassen will. Der negative Bescheid kann die städtebaulichen Interessen der Gemeinde insofern berühren, als die Sperre für das betroffene Grundstück beim Erlass dieses Verwaltungsaktes nicht mehr erforderlich ist. Hier ist der Gemeinde an einer Aufhebung der Nutzungsbeschränkung gelegen, damit die "Entschädigungsgrenze" (§ 18) nicht näherrückt.

Unbestritten ist, dass der Baugenehmigungsbehörde in den hier erörterten Verwaltungsverfahren ein Ermessen zusteht ³²³⁾.

Nach dem wiedergegebenen Wortlaut der drei Tatbestände "kann" sie eine Ausnahme oder Befreiung erteilen, wenn die im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Dass hier ein Ermessensspielraum besteht, ergibt sich weiterhin aus dem Wesen des jeweils geforderten Verwaltungshandelns: Wie schon gesagt, nimmt die Baugenehmigungsbehörde in den Fällen der §§ 14 Abs. 2, 31, von der Sache her gesehen, Aufgaben der Bauleitplanung wahr. Die nach § 14 Abs. 2 zu treffende Entscheidung gleicht qualitativ dem Beschluss der Gemeinde, eine Veränderungssperre zu erlassen (§ 14 Abs. 1). Ob die Gemeinde einen derartigen Beschluss fassen will, steht grundsätzlich in ihrem Ermessen ³²⁴⁾. Im Verfahren nach § 14 Abs. 2 steht die Verwaltung im Hinblick auf einen Teilbereich des mit der Sperre belasteten Gebietes, nämlich in Bezug auf ein einzelnes oder wenige Grundstücke, vor der Frage, ob Nutzungsbeschränkungen nach § 14 Abs. 1 Nr. 1-3 andauern oder aufgehoben werden sollen. Bezöge sich ihre Entscheidung auf den gesamten Bereich der Sperre, so bedeutete sie entweder eine Verlängerung der Veränderungssperre oder die Aufhebung. Ebenso

323) Grauvogel, a. a. O., Anm. VI 1 b zu § 14, Anm. 5 b zu § 31; Schrödter, a. a. O., Rdn. 4 zu § 14, Rdn. 2, 3 zu § 31; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 5 zu § 14, Anm. 1 zu § 31.

324) § 14 Abs. 1: Sie "kann" ... eine Veränderungssperre beschliessen.

verhält es sich mit den Verfahren nach § 31 Abs. 1 und 2. Die Gewährung einer Ausnahmegewilligung oder einer Befreiung ist eine für den Einzelfall getroffene Negativentscheidung, die dem Beschluss eines Bebauungsplanes qualitativ entspricht. Aus diesen Überlegungen ergibt sich zugleich, dass nicht nur die Baugenehmigungsbehörde, sondern auch die beteiligte Gemeinde ein Ermessen ausübt^{325) 326)}.

Demgegenüber ist die höhere Verwaltungsbehörde im Verfahren nach § 31 Abs. 2 auf eine rechtliche Beurteilung beschränkt. Sie hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Befreiung vorliegen. Sie hat ferner festzustellen, ob der positive Bescheid auf einer fehlerhaften Ermessensausübung beruht. Die Betätigung eines eigenen Ermessens ist ihr verwehrt; dies widerspricht ihrer Aufsichtsfunktion³²⁷⁾.

2) Die Bauaufsichtsbehörde hat ferner über die Bodenverkehrsgenehmigung zu entscheiden (§ 19 Abs. 4 Satz 1). Genehmigungspflichtig sind die Teilung (§ 19 Abs. 3) sowie die Auflassung von Grundstücken. Liegt das Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, für die ein solcher Plan nicht vorhanden ist, so bedarf jede Teilung der Genehmigung (§ 19 Abs. 1). Befindet sich das Grundstück im Aussenbereich, so ist neben der Teilung auch die Auflassung genehmigungspflichtig, beide aber nur unter bestimmten in § 19 Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Voraussetzungen. Die Erlaubnis darf nach § 20 nur versagt werden, wenn der Rechtsvorgang oder die mit ihm bezweckte Nutzung in den Fällen des

325) Meyer, a. a. O., S. 246, 250; Schrödter, DVBl. 62/746 f.

326) Eine derartige Verfahrensgestaltung ist nicht im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG fragwürdig; das Vorhandensein einer generellen Verbotsnorm, im Falle des § 31 der Bebauungsplan, im Falle des § 14 Abs. 2 die Veränderungssperre, an der sich die Ausnahmetatbestände zu orientieren haben, verhindert, dass die Verwaltung die Grenzen des Eigentums bestimmt, so BVerwGE 16/301 (307) für § 31 Abs. 2.

327) Stich, DVBl. 63/195.

§ 19 Abs. 1 mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes oder der vorhandenen Bebauung, in den Fällen des § 19 Abs. 2 mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung nicht vereinbar wäre. Nach § 19 Abs. 4 Satz 1 wird die Genehmigung im Einvernehmen mit der Gemeinde erteilt.

Eine gleichartige Verfahrensgestaltung ist in den Fällen der §§ 33, 34 und 35 anzutreffen. Diese Vorschriften behandeln Bauvorhaben, deren Zulässigkeit nicht nach einem fertigen Bebauungsplan beurteilt werden kann. Sie sind als Ausnahmen zur grundsätzlichen Regelung des § 30 zu verstehen, die bestimmt, dass die Festsetzungen des verbindlichen Bauleitplanes für die Zulässigkeit von Vorhaben massgebend sind. Nach § 33 ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn nach dem Stande der Planungsarbeiten anzunehmen ist, das betreffende Vorhaben stehe den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplanes nicht entgegen, der Antragsteller die Festsetzungen schriftlich anerkennt und die Erschliessung gesichert ist. Nach § 34 ist ein Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile zulässig, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschliessung unbedenklich ist. § 35 betrifft Genehmigungen für Vorhaben im Aussenbereich. Nach Abs. 1 sind bestimmte Vorhaben (Nr. 1-4) zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschliessung gesichert ist. Nach Abs. 2 können sonstige Vorhaben zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt.

In den entsprechenden Verwaltungsverfahren entscheidet die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde (§ 36 Abs. 1 Satz 1). Nicht nur die Erteilung, sondern auch die Ablehnung der Baugenehmigung ist nach dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 an die Zustimmung der Gemeinde gebunden³²⁸⁾. Demgegenüber macht § 19 Abs. 4 Satz 1 für die Bodenverkehrsgenehmigung ledig-

328) Heitzer/Oestreicher, a. a. O., Anm. 1 zu § 36; Schütz/Frohberg, a. a. O., Anm. 1 zu § 36.

lich den positiven Bescheid vom Einverständnis der Gemeinde abhängt. Meyer bejaht auch für die Ablehnung das Zustimmungserfordernis; da die Bodenverkehrsgenehmigung eine vorweggenommene Entscheidung über das spätere Bauvorhaben darstelle, sei § 19 Abs. 4 der Regelung des § 36 entsprechend zu lesen. Diese Auslegung sei auch im Hinblick darauf möglich, dass § 19 Abs. 4 auf § 36 Bezug nehme³²⁹⁾. Es trifft zu, dass ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren (§ 19 ff.) und dem Baugenehmigungsverfahren (§ 29 ff.) besteht (vgl. § 19 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2). Unter bestimmten Voraussetzungen bindet der positive Bescheid im erstgenannten Verfahren die Bauaufsichtsbehörde in ihrer Entscheidung über die nachfolgende Baugenehmigung. Diese in § 21 Abs. 1 niedergelegte Regelung verdeutlicht die enge Beziehung zwischen beiden Verfahren, sie zeigt aber auch deren Grenzen auf: Bindend wirkt nur die Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung, nicht aber deren Ablehnung. Stich befürwortet ebenfalls eine Mitwirkung der Gemeinde bei negativer Beurteilung des Bodenverkehrsvorganges³³⁰⁾. Er meint, auch eine ablehnende Entscheidung könne die gemeindliche Planungshoheit berühren. Vielfach sei der Gemeinde aus städtebaulichen Gründen daran gelegen, dass ein bestimmtes Bauvorhaben an eine bestimmte Stelle im bebauten Ortsbereich oder Aussenbereich durchgeführt werde, ohne dafür einen besonderen Bebauungsplan aufstellen zu müssen. Diese für den Bauantrag angestellten Überlegungen liegen auch der von Stich zu § 19 vertretenen Auffassung zugrunde. Es fragt sich, ob die Gemeinde im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren befugt ist, Planungsentscheidungen zu treffen, d. h., ein entsprechendes Ermessen auszuüben. Auszugehen ist davon, dass der Bauleitplan das zentrale städtebauliche Ordnungsmittel bildet. Nach der Vorstellung des BBauG haben sich Planungsentscheidungen der Gemeinde im vorbereiteten und verbindlichen Bauleitplan niederzuschlagen (§ 1 Abs. 1). Das geschieht mit gutem Grund. Würde eine derartige Entschliessung in einem

329) Meyer, a. a. O., S. 252.

330) Stich, a. a. O., S. 199.

Genehmigungsverfahren getroffen, so könnte sie sich nur auf ein einzelnes oder wenige Grundstücke beziehen. Erst eine Vielzahl von Genehmigungsverfahren gäbe der Gemeinde die Möglichkeit, einen grösseren Teil ihres Gebietes städtebaulich zu ordnen. Dieses "mosaikartige" Vorgehen ist aber nicht geeignet, die Interessen der einzelnen Grundstückseigentümer gerecht gegeneinander abzuwägen, was das BBauG jedoch zwingend fordert. Darüber hinaus erfüllt diese Verfahrensweise ein anderes wesentliches Erfordernis der Bauleitplanung nicht. Ihm fehlt die Publizität. Nach § 2 Abs. 6 sind Bauleitpläne öffentlich auszulegen. Den Betroffenen wird dadurch Gelegenheit gegeben, die beabsichtigten Nutzungsregelungen zur Kenntnis zu nehmen sowie Bedenken und Anregungen zu äussern. Diese Möglichkeit enthält das dargestellte "mosaikartige" Verfahren nicht. Die aufgezeigten Nachteile wiegen so schwer, dass Planungsentscheidungen im einzelfallbezogenen Genehmigungsverfahren nicht zugelassen werden können. Etwas anderes gilt, soweit das BBauG ausdrücklich eine Ausnahme macht. Letzteres ist in den Fällen der schon behandelten Regelungen nach § 14 Abs. 2 und § 31 Abs. 1 und 2 geschehen. Der I. Senat des BVerwG teilt die hier entwickelte Auffassung; im Hinblick auf den Versagungsgrund für Bodenverkehrsgenehmigungen nach § 19 Abs. 2 hat er im Urteil vom 30. 6. 1964 ausgeführt: "Was im Einzelfall die geordnete städtebauliche Entwicklung ist, bestimmt sich nach der vorhandenen, hinreichend konkretisierten planerischen Willensbetätigung der Planungsträger und nur bei Fehlen solcher planmässigen Festlegungen ausschliesslich nach den örtlichen Gegebenheiten" 331). Nach den dargestellten Erwägungen steht der Gemeinde im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren kein Planungsermessen zu; sie ist auf eine Unbedenklichkeitsprüfung beschränkt. Dem entspricht eine auf den positiven Bescheid beschränkte Mitwirkung der Gemeinde. Die hier vertretene Auffassung hat zur Folge, dass die gemeindlichen Befugnisse in den Verfahren der §§ 33-35 weiter

331) BVerwGE 19/82 (86).

reichen als in dem erörterten. Der Grund ist in der Fassung des § 36 zu suchen. Ist nach dieser Vorschrift das Einvernehmen auch für die Versagung der Baugenehmigung erforderlich, so ändert diese gesetzliche Regelung nichts an der Feststellung, dass für sie eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar ist ³³²⁾.

Die gemeindliche Beteiligung im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren erfährt noch in anderer Richtung eine Begrenzung. § 19 Abs. 4 Satz 3 bestimmt, dass eine Genehmigung als erteilt gilt, falls sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Antrages versagt wird. Diese Frist, die im Interesse der privaten Beteiligten möglichst kurz bemessen wurde ³³³⁾, veranlasst die Gemeinde zu einer beschleunigten Stellungnahme. Darin ist aber noch keine Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts zu erblicken. Das gleiche gilt für die Regelungen des § 19 Abs. 5 und 6. Das BBauG nimmt hier bestimmte Rechtsvorgänge von der Genehmigungspflicht aus (Abs. 5) und ermächtigt die Landesregierungen, für Gebiete mit geringer Wohnsiedlungstätigkeit eine Befreiung von dieser Pflicht durch Rechtsverordnung vorzuschreiben (Abs. 6). Ein Verstoss gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist zu verneinen. Die Selbstverwaltungsgarantie vermag nur Wirkungen zu entfalten, soweit eine Verwaltung überhaupt besteht. Den Umfang der Verwaltung kann der Gesetzgeber aber nach seinem Ermessen festlegen.

Nachdem die formellen Grenzen des gemeindlichen Mitwirkungsrechtes abgesteckt sind, soll der materielle Gehalt der Befugnis erörtert werden. In den Fällen der §§ 19, 33, 34 und 35 Abs. 1 hat der Gesetzgeber gebundene Erlaubnisse normiert. Nach § 20 darf

332) Vgl. auch Abschn. 2 des bay. Ministerialerlasses v. 19. 4. 1962 (MABl. S. 379); Abschn. 1 des hess. Ministerialerlasses v. 19. 4. 1962 (StAnz. S. 859); Nr. 1 des nordrh.-westf. Ministerialerlasses v. 15. 3. 1962 (MBl. S. 680), soweit sie sich auf § 19 Abs. 4 und § 36 beziehen.

333) BVerwGE 19/79 (80).

eine Bodenverkehrsgenehmigung nur versagt werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Nach den übrigen Vorschriften ist ein Vorhaben zulässig, wenn es bestimmte Erfordernisse erfüllt. Die entscheidende Baugenehmigungsbehörde besitzt danach kein Ermessen. Die Gemeinde ist in diesen Fällen ebenfalls auf eine rechtliche Beurteilung beschränkt. Es ist schon ausführlich dargelegt worden, dass ihr im Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren kein planerisches Ermessen zusteht. Die gleichen Erwägungen gelten für die genannten Vorschriften des Baugenehmigungsverfahrens³³⁴⁾. § 35 Abs. 2 unterscheidet sich von den soeben behandelten Tatbeständen dadurch, dass nach seinem Wortlaut Vorhaben im Aussenbereich zugelassen werden "können", wenn die gesetzlich normierten Voraussetzungen vorliegen. Das BVerwG hat hierzu entschieden, dass § 35 Abs. 2 einen Rechtsanspruch verbrieft; würde diese Vorschrift der Verwaltung ein Ermessen einräumen, so könnte diese den Inhalt des Eigentums bestimmen; das sei jedoch nach Art. 14 Abs. 2 Sache des Gesetzgebers³³⁵⁾. Anknüpfend an diese Auslegung ist festzustellen, dass die Bauaufsichtsbehörde auch hier auf eine rechtliche Beurteilung des Vorhabens beschränkt ist. Sie hat zu prüfen, ob seine Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Dieselbe Würdigung hat die am Verfahren beteiligte Gemeinde vorzunehmen. Eine Ermessensausübung ist hier aus den schon dargelegten Gründen verwehrt.

Der in den Verfahren nach § 33 und § 35 Abs. 2 mit einem Zustimmungserfordernis beteiligten höheren Verwaltungsbehörde ist ebenso wie im Verfahren nach § 31 Abs. 2 eine Rechtskontrolle eingeräumt³³⁶⁾.

334) Ebenso im Ergebnis Fickert, DVBl. 64/177; Schrödter, DVBl. 62/745 f. für §§ 33, 34, 35 Abs. 1, anders für §§ 19, Abs. 2, 35 Abs. 2; Meyer, a. a. O., S. 248 ff., ebenso für § 35 Abs. 1, im übrigen a. A.; Stich, DVBl. 63/196, wendet sich gegen diese Unterscheidung und billigt der nach diesen Vorschriften beteiligten Gemeinde stets ein Planungsermessen zu.

335) BVerwGE 18/247 (250).

336) OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 64/745 (746 f.).

c) In der bisherigen Untersuchung ist mehrfach festgestellt worden, dass die Baugenehmigungsbehörde an das Einvernehmen der Gemeinde gebunden ist. Es fragt sich, welche Rechtslage eintritt, wenn eine Übereinstimmung nicht zustandekommt. Zwei Möglichkeiten sind denkbar: Erstens, die Übereinstimmung zwischen Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde bildet eine Voraussetzung für die Rechtmässigkeit des von der erstgenannten Behörde zu erlassenden Verwaltungsaktes; das fehlende Einvernehmen begründet dann die Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung. Hat die widersprechende Gemeinde die materielle Rechtslage unrichtig beurteilt, so kann ihr Einverständnis durch Mittel der Kommunaufsicht erzwungen werden. Die in §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4, 36 Abs. 1 geregelten Mitwirkungsbefugnisse sind Ausflüsse der gemeindlichen Planungshoheit und wurzeln daher im Selbstverwaltungsbereich (§ 2 Abs. 1), wie schon festgestellt. Die Aufsichtsbehörde kann von ihrem Anordnungsrecht Gebrauch machen und notfalls die Erklärung der Gemeinde ersetzen³³⁷⁾. Zweitens, das Einvernehmen ist lediglich ein verwaltungsinternes Mitwirkungserfordernis im Verhältnis zwischen Genehmigungsbehörde und Gemeinde; fehlt es, so liegt kein Rechtsmangel vor. Ist die Entscheidung der Genehmigungsbehörde materiell rechtmässig, so vermag die Nichtbeachtung der gemeindlichen Stellungnahme ihre Fehlerhaftigkeit nicht zu begründen³³⁸⁾.

Es fragt sich zunächst, ob aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen Gesichtspunkte für die eine oder andere Deutung abzuleiten sind. Der IV. Senat des BVerwG hat aus dem Umstande, dass die Beteiligungsform des "Einvernehmens" "nach dem Sprach-

337) So für das Einvernehmen nach § 36: BVerwG, DVBl. 66/177 (179 ff.); VGH Bad. -Württ., DVBl. 66/177 (178); ebenso für § 19 Abs. 2, 4 und § 36 mit Ausnahme des in § 35 Abs. 1 geregelten Tatbestandes, Meyer, a. a. O., S. 248 ff.; für sämtliche Vorschriften Stich, DVBl. 63/196; generell auch Fickert, DVBl. 64/177 f.

338) So für das Einvernehmen nach § 36 und § 19 Abs. 4: Schrödter, DVBl. 66/184; vgl. auch OVG Lüneburg, DÖV 65/533 (535); ebenso für § 36: OVG Rhld. -Pf., AS 9/290.

gebrauch ein sehr erhebliches sachliches Gewicht" besitze, auf die Annahme einer Rechtmässigkeitsvoraussetzung geschlossen³³⁹⁾. Es ist nicht zu verkennen, dass diese Art der Beteiligung, über die "Zustimmung" hinausgehend, völlige Willensübereinstimmung zwischen den Beteiligten bedeutet³⁴⁰⁾. Eine derartige inhaltliche Reichweite kennzeichnet zwar eine "starke" Mitwirkungsbefugnis. Daraus folgt aber noch nicht zwingend, das "Einvernehmen" müsse die Qualität einer Rechtmässigkeitsvoraussetzung haben. Auch eine nur verwaltungsintern wirkende Beteiligungsbefugnis mit einem derartigen inhaltlichen Umfang behält als Element des Verwaltungsverfahrens ihren Sinn. Dagegen ist dem Senat zuzustimmen, wenn er aus dem Umstand, dass die Baugenehmigungsbehörde allein nach "aussen" gegenüber dem Bürger entscheidet, keine gegenteiligen Folgerungen gezogen hat³⁴¹⁾. Der Gemeinde steht nach den §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4 Satz 1, 31 Abs. 1 und 2 Satz 1, 36 Abs. 1 Satz 1 eine Kompetenz zur Erteilung der dort vorgesehenen Genehmigungen bzw. Ausnahmebewilligungen nicht zu. Diese Stellung ist für die Bindungswirkung des "Einvernehmens" unerheblich. Die Annahme einer rechtlichen Bindung setzt nicht voraus, dass die Gemeinde im Aussenverhältnis tätig wird³⁴²⁾.

Weiterhin ist die Entstehungsgeschichte der erörterten Vorschriften zu betrachten. Der Regierungsentwurf des BBauG sah in § 18 Abs. 1 Nr. 2 und in § 30, die den späteren §§ 14 Abs. 2 und 31 BBauG entsprachen, ein Anhörungsrecht zugunsten der Gemeinde vor³⁴³⁾. Der 24. Ausschuss schlug vor, dieses Recht durch die Beteiligungsform des "Einvernehmens" zu ersetzen und führte zusätzlich in den Vorschriften § 23 Abs. 2a und § 31 d des Entwurfes, die den geltenden Regelungen der §§ 19 Abs. 4 und 36 entsprechen, die gleiche Verfahrensbefugnis ein. Die Begründung des

339) BVerwG, a. a. O., S. 177 (179 f.).

340) Fickert, DVBl. 64/173; BVerwG, a. a. O.; VGII Bad. -Württ., DÖV 64/751.

341) BVerwG, a. a. O., S. 180.

342) VGII Bad. -Württ., DVBl. 66/177 (178).

343) Regierungsentwurf, BT-Drucks. 336, 3. Wahlper.

Ausschusses lässt erkennen, dass diese Verbesserung dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit dienen sollte³⁴⁴⁾.

In der Anmerkung zu § 31 d kommt der Grundgedanke am deutlichsten zum Ausdruck, es heisst dort:

"Um die aus der gemeindlichen Planungshoheit fliessenden Befugnisse der Gemeinde zu wahren, ist sichergestellt worden, dass die Baugenehmigungsbehörde in allen städtebaulichen Fragen an das Einvernehmen mit der Gemeinde gebunden ist."³⁴⁵⁾

Diese Vorgänge ergeben, dass eine rechtliche Bindung gewollt ist, soweit die Gemeinde Planungsentscheidungen, d. h. Ermessensentscheidungen trifft. Soweit die Gemeinde auf eine rein rechtliche Beurteilung beschränkt ist, tauchen jedoch Zweifel auf; es ist fraglich, ob bei den Gesetzesberatungen überhaupt an diese Fälle gedacht worden ist. Im wiedergegebenen Ausschussbericht heisst es nämlich weiter, es solle sichergestellt werden, dass die Baugenehmigungsbehörde im städtebaulichen Sachbereich nicht gegen den "Willen" der Gemeinde entscheiden könne³⁴⁶⁾. Schrödter weist zutreffend darauf hin, dass ein derartiger "Wille" in den Fällen eines strikten Rechtsanspruches rechtlich nicht relevant" sein könne³⁴⁷⁾.

Für die Annahme einer rechtlichen Bindungswirkung spricht, dass der Gemeinde in den Verwaltungsverfahren nach den §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4, 31, 33 - 35 eine eigene Zuständigkeit eingeräumt ist, die in ihrer Planungshoheit wurzelt³⁴⁸⁾. Das gilt auch, soweit sie lediglich eine rechtliche Beurteilung vornimmt. Im letzteren Falle hat sie als Träger der Bauleitplanung zu prüfen, ob das genehmigungsbedürftige Vorhaben nach materiellem Recht unbedenklich ist. Wäre die Herbeiführung des Einvernehmens

344) Beschlüsse des 24. Ausschusses, BT-Drucks. 1794, 3. Wahlperiode; Bericht des Ausschusses, a. a. O., S. 6 f., 10. f., Anm. zu den genannten Vorschriften des Gesetzentwurfs.

345) Ausschussbericht, a. a. O., S. 11.

346) Bericht des 24. Ausschusses, a. a. O., S. 11, Anm. zu § 31d.

347) Schrödter, DVBl. 62/746.

348) Siehe die Ausführungen auf S. 104 und Stich, DVBl. 63/195.

eine verwaltungsinterne Pflicht, nicht aber Rechtspflicht, so könnte eine Bauaufsichtsbehörde die sachliche Zuständigkeit der Gemeinde übergehen, ohne rechtswidrig zu handeln.

Der zuletzt erörterte Gesichtspunkt führt dazu, daß die Herstellung des Einvernehmens auch insoweit Rechtmässigkeitsvoraussetzung ist, als die Gemeinde auf eine Unbedenklichkeitsprüfung beschränkt ist. Dies trifft für die Beteiligungsbefugnis im Sinne der §§ 19 Abs. 4 Satz 1 und 36 Abs. 1 Satz 1 zu. Diese Auslegung befriedigt jedoch wenig, soweit es sich um die Rechtsstellung des Bürgers handelt, der eine Genehmigung erstrebt. Erteilt nämlich die Bauaufsichtsbehörde eine Erlaubnis, ohne das Einvernehmen der Gemeinde einzuholen, und hebt das Verwaltungsgericht auf die Klage der Gemeinde³⁴⁹⁾ den Verwaltungsakt aus diesem Grunde auf, so ist die Unbedenklichkeit des genehmigungsbedürftigen Vorhabens im anschliessenden Verwaltungsverfahren erneut festzustellen. War der angefochtene Verwaltungsakt materiell rechtmässig, so kann eine spätere Prüfung des Baugesuchs nur im Sinne der früheren Verwaltungsentscheidung ausfallen. Der Antragsteller erhält schliesslich die Genehmigung, jedoch erst nach einem langwierigen Verfahren. Der zeitliche Nachteil wiegt besonders schwer, wenn die Gemeinde den Rechtsstreit erst in der Revisionsinstanz gewinnt und der unterlegene Antragsteller zu einem zweiten, möglicherweise ebenfalls mehrere Instanzen durchlaufenden Prozeß genötigt ist, weil die nunmehr beteiligte Gemeinde das Einvernehmen zu Unrecht versagt.

Infolgedessen verliert das Recht des einzelnen, sein Grundstück zu bebauen, weitgehend an Wert. Dieses Recht fließt aus dem nach Art. 14 GG geschützten Eigentum. Bei genehmigungsbedürftigen Vorhaben kann der Bürger es ausüben, nachdem er die Erlaubnis erhalten hat. Ihm steht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zu, wenn sein Vorhaben materiell-rechtlichen Vor-

349) Vgl. hierzu BVerwG, DVBl. 66/179; OVG Lüneburg, DVBl. 66/185.

schriften entspricht ³⁵⁰⁾. Vermag er seinen baurechtlichen Anspruch erst nach übermässig langer Verfahrensdauer auszunutzen, so könnte darin eine Verletzung des Art. 14 GG erblickt werden ³⁵¹⁾. Das ist jedoch nicht anzunehmen. In Frage steht hier die Verwirklichung eines Rechts. Dessen Gefährdung wird massgebend durch eine bestimmte verwaltungsprozessuale Verfahrensweise verursacht. Art. 19 Abs. 4 GG ist hier berührt. Diese Verfassungsbestimmung enthält auch das Gebot eines effektiven und rechtzeitigen Rechtsschutzes ³⁵²⁾. Dem Gebot wäre genügt, wenn der Bürger im Klagewege eine - zu Unrecht versagte - Zustimmung der Gemeinde erzwingen könnte. Es bestehen keine Bedenken, Art. 19 Abs. 4 GG in der gekennzeichneten Funktion heranzuziehen, wenn sich die Frage nach der Anfechtbarkeit "mehrstufiger" Verwaltungsakte ³⁵³⁾ stellt. Das mag folgende Überlegung zeigen: Für die Genehmigungsverfahren nach dem Bundesbaugesetz liesse sich eine gesetzliche Regelung denken, welche die Prüfungszuständigkeit der Bauaufsicht und die des örtlichen Planungsträgers auf eine Behörde vereinigt. Eine derartige Rechtslage wäre für den Antragsteller überschaubar. Die Frage der Bindungswirkung bei behördlichen Mitwirkungsakten tauchte nicht auf. Das ändert sich, sobald der Gesetzgeber für jede Zuständigkeit eine Behörde vorsieht und eine verfahrensmässige Verknüpfung der beiderseitigen behördlichen Entscheidungen mittels eines Zustimmungsvorbehalts herstellt. Diese komplizierte organisatorische Rechtsgestaltung benachteiligt den ausserstehenden Bürger. Letzterer sieht sich z. B. nunmehr vor die Notwendigkeit gestellt, im Falle eines Rechtsstreits den richtigen Klagegegner zu finden. Hier wird Art. 19 Abs. 4 GG aktuell ³⁵⁴⁾.

350) BVerwGE 16/116 (120).

351) In dieser Richtung Haug, JuS 65/137 f.

352) Lerche, ZZP 78 (1965)/16 f.; Dürig in Maunz/Dürig, a. a. O., Rdn. 12 zu Art. 19 Abs. 4.

353) Diese Bezeichnung verwendet Menger, VerwArch. 50 (1960)/397.

354) Fickert, DVBl. 64/175; Stich, DVBl. 63/197.

Diese Verfassungsnorm eröffnet dem Bürger den Rechtsweg, wenn er durch die öffentliche Gewalt "in seinen Rechten verletzt wird". Versagt die Gemeinde das Einvernehmen mit bindender Wirkung für die Bauaufsichtsbehörde, so greift diese Entscheidung in die Rechte des Antragstellers ein. Das zeigt sich deutlich, wenn die letztgenannte Behörde die Genehmigung infolge des fehlenden Einvernehmens ablehnt, ohne selbst die Zulässigkeit des Vorhabens sachlich zu prüfen. Zweifelhaft ist, ob von der Entscheidung eine unmittelbare Rechtswirkung auf den Betroffenen ausgeht³⁵⁵⁾. Auf diese Frage kommt es jedoch nicht an. Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg unabhängig davon, ob eine unmittelbare Rechtsverletzung vorliegt³⁵⁶⁾. Die verwaltungsgerichtliche Generalklausel des § 40 VwGO ist insoweit verfassungskonform auszulegen³⁵⁷⁾. Demnach kann der Bürger gegen die Gemeinde klagen, wenn diese dem betreffenden Vorhaben nicht zustimmt³⁵⁸⁾.

Entsprechendes gilt, soweit die Gemeinde eine Ermessensentscheidung trifft, also in den Fällen der §§ 14 Abs. 2, 31 Abs. 1 und 2. Zwar liegen hier die Dinge etwas anders als im dargestellten Ausgangsfall. Wird nämlich der begünstigende Verwaltungsakt aufgehoben, weil das Einvernehmen der Gemeinde nicht eingeholt worden ist, so kann die Ermessensentscheidung der im anschliessendenungsverfahren beteiligten Gemeinde auch ablehnend ausfallen, ohne materiell rechtswidrig zu sein. Insofern wiegt eine lange Verfahrensdauer nicht so schwer wie in den Fällen reiner Rechtsentscheidung. Aber auch hier besteht ein Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz. Kann der Antragsteller von sich aus unmittelbar gegen die Gemeinde vorgehen, die ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausübt, so läßt sich auch in diesen

355) Bejahend Stich, DVBl. 63/197 f.

356) Lerche, a. a. O., S. 17; Dürig a. a. O., Rdn. 10, 11; Hamann, a. a. O., Anm. B 14 zu Art. 19.

357) Fickert, a. a. O.

358) Welche Klageart in Betracht kommt, ist für die Frage, ob Rechtsschutz zu gewähren ist, unerheblich.

Fällen eine kürzere Verfahrensdauer erreichen³⁵⁹⁾. Die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG liegen vor. Hierzu kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden.

VI. Gemeindliche und staatliche Zuständigkeiten im Enteignungs- und in sonstigen Entschädigungsverfahren

Das BBauG räumt staatlichen Behörden nicht nur Mitwirkungsbefugnisse ein, es weist ihnen auch Aufgaben zu, die sie ausschliesslich zu erledigen haben. So führt die höhere Verwaltungsbehörde die Enteignung durch (§ 104 Abs. 1). Sie wird dabei nicht nur in den Fällen des § 85 Abs. 1, sondern auch dann tätig, wenn für bestimmte Planungsschäden Ersatz durch Übernahme von Flächen (§ 40 Abs. 2, 5) oder durch Begründung von Rechten (§ 42) zu leisten ist. Das Gesetz enthält ferner eine Anzahl von Vorschriften, die eine Entschädigungspflicht der Gemeinde in Form von Geldleistungen festlegen und die höhere Verwaltungsbehörde zur Entscheidung berufen, falls die Gemeinde sich mit dem Betroffenen nicht einigt. Eine Entschädigung ist zu zahlen, wenn eine Veränderungssperre länger als vier Jahre dauert (§ 18 Abs. 1), eine Baugenehmigung unter den in § 21 Abs. 2 genannten Voraussetzungen versagt wird, durch Ausübung des besonderen Vorkaufsrechts ältere Erwerbsrechte untergehen (§ 28), wenn der Eigentümer durch bestimmte Planfestsetzungen Vermögensnachteile erleidet (§§ 40 Abs. 3, 41, 43, 44), wenn bestimmte Schäden durch Erschliessungsarbeiten entstehen und die Gemeinde Erschliessungsträger ist (§ 126 Abs. 2, § 123 Abs. 1) und wenn im Auftrage der Gemeinde ausgeführte Vorarbeiten auf Grundstücken Schäden verursachen (§ 151 Abs. 2).

359) Ebenso der Alternativvorschlag von Schrödter, DVBl. 66/183.

Im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stellt sich hier die Frage, ob das BBauG den Gemeinden in unzulässiger Weise Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entzogen hat. Eine Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts scheidet aus, sofern die für zuständig erklärte Behörde staatliche Aufgaben wahrnimmt. Liegt dagegen ein Eingriff in den Selbstverwaltungsbereich vor, so ist dieser rechtswidrig, falls er eine dem unantastbaren Kernbereich der Selbstverwaltung angehörende Aufgabe entzieht oder die einschränkbare Sphäre berührt, aber das zeitlich und sachlich notwendige Mass überschreitet³⁶⁰⁾.

a) Als erstes ist die Regelung des § 104 zu erörtern. Die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde ist nicht unproblematisch. Für die Zuordnung der Enteignung zum Aufgabenkreis der örtlichen Gemeinschaft spricht, dass die Enteignung der Umlegung verwandt ist, die nach bisheriger Rechtsentwicklung überwiegend als Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde angesehen worden ist (vgl. § 19 Abs. 1 nieders. AufbauG, § 18 nordrh. -westf. AufbauG, § 19 Abs. 1 schl. -holst. AufbauG, § 13 württ. -bad. AufbauG, für kreisfreie Gemeinden: § 27 hess. AufbauG; anders § 11 Abs. 1 bad. AufbauG, § 27 rhld. -pflz. AufbauG) und die das BBauG eindeutig als Selbstverwaltungsaufgaben bezeichnet (§ 46 Abs. 1). Eine Umlegung stellt einen enteignenden und damit entschädigungspflichtigen Eingriff dar, soweit ein Eigentümer weniger Land zurückerhält, "als dem Anteilsverhältnis seines in die Umlegungsmasse eingeworfenen Grundbesitzes zu dem zur Verteilung gelangenden Land entspricht"³⁶¹⁾. Umgekehrt findet im Enteignungsverfahren eine ähnliche Grundstücksumschichtung wie im Umlegungsverfahren statt, wenn für den Verlust des Grundeigentums eine Entschädigung in Form von Ersatzland gewährt wird. Enteignung und Umlegung sind bodenordnende Massnahmen, für beide besteht das Bedürfnis, "eine dem Sachverhalt

360) BVerfGE 1/167 (178).

361) BGHZ 31/49 (55 f.).

und der Örtlichkeit möglichst nahe Behörde" tätig werden zu lassen ³⁶²⁾. Weiterhin gehört das Vorkaufsrecht, das ebenfalls der Beschaffung von Grundstücken dient, herkömmlicherweise zu den planvollziehenden Mitteln der gemeindlichen Selbstverwaltung (vgl. § 10 hess. AufbauG, § 14 Abs. 1 rhld. -pflz. AufbauG, § 23 württ. -bad. AufbauG). Gesichtspunkte des Sachzusammenhanges legen es nahe, die Durchführung des Enteignungsverfahrens als gemeindliche Angelegenheit anzusehen. Die Mehrheit der bodenordnenden Massnahmen liegt nämlich in der Hand der gemeindlichen Selbstverwaltung ³⁶³⁾. Ebenso empfiehlt sich eine einheitliche Zuständigkeit für die Bauleitplanung und das Enteignungsverfahren ³⁶⁴⁾.

Ein anderes Bild zeigt die Entwicklungsgeschichte der Enteignungskompetenz. Nach dem preussischen Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 ³⁶⁵⁾ hatte die Bezirksregierung das Enteignungs- und Entschädigungsverfahren durchzuführen (§§ 22, 29, 32). § 4 des preussischen Gesetzes über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. 7. 1922 ³⁶⁶⁾ knüpfte an diese Regelung an. Es vereinigte den Enteignungs- und Entschädigungsbeschluss in einer behördlichen Entscheidung (§ 4). Das Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. 11. 1937 ³⁶⁷⁾ betraute die höhere Verwaltungsbehörde mit der Durchführung des Enteignungsverfahrens (§ 9 Abs. 2). Die Mehrzahl der nach 1945 ergangenen Aufbaugesetze der Länder hielt an diesem Rechtszustand fest und wies die Enteignungskompetenz ausschliesslich staatlichen Behörden zu (vgl. § 23 Abs. 1 bad. AufbauG, § 44 nordrh. -westf. AufbauG, § 50 Abs. 1

362) Dittus/Zinkahn, Komm. z. BaulandbeschaffungsgG, Vorbem. vor § 18, S. 281; Heitzer/Oestreicher, a. a. O., Anm. 1 zu § 104.

363) Siehe die Ausführungen auf S. 11 f.

364) Heitzer/Oestreicher, a. a. O.

365) GS S. 221.

366) GS S. 211.

367) RGBl. I S. 1054.

rhld. -pflz. AufbauG, § 51 Abs. 1 schl. -holst. AufbauG, § 29 württ. -bad. AufbauG). Das nieders. AufbauG folgte grundsätzlich der bisherigen Entwicklung, sah jedoch zusätzlich eine Delegation der Enteignungszuständigkeit auf kreisfreie Gemeinden vor (§ 48 Abs. 3). Demgegenüber brachte das hess. Aufbaugesetz eine stärkere Abweichung; es nennt Landkreise und kreisfreie Städte als Träger des Enteignungsverfahrens (§ 15, § 11). Das Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953³⁶⁸⁾ erklärte die höhere Verwaltungsbehörde zur Enteignungsbehörde (§ 18 Abs. 1 Satz 1), liess aber den Ländern die Möglichkeit, eine abweichende Zuständigkeit festzulegen (§ 18 Abs. 1 Satz 2). Die Länder trafen jedoch keine anderslautenden Regelungen³⁶⁹⁾. Das BBauG hat § 18 Abs. 1 Satz 1 des Baulandbeschaffungsgesetzes wörtlich in § 104 Abs. 1 übernommen. Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung die Enteignungszuständigkeit einer anderen gleich- oder übergeordneten Stelle übertragen (§ 147 Abs. 2)³⁷⁰⁾. Der rechtliche Überblick zeigt, dass die Gesetzgebung die Durchführung des Enteignungsverfahrens ganz überwiegend nicht als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft angesehen hat.

Die eindeutig geschichtliche Entwicklung besitzt für die Beurteilung stärkeres Gewicht als die dargestellten gegenteiligen Gesichtspunkte. Das Herkommen bestimmt massgebend die Grenzen zwischen staatlicher und gemeindlicher Verwaltung³⁷¹⁾. Die geschichtliche Entwicklung verläuft hier so gradlinig, dass demgegenüber die gewiss nicht zu unterschätzenden Gründe des Sachzusammenhanges zurücktreten müssen. Die Zuordnung ist auch sinnvoll. Die staatliche Verwaltungsbehörde ist eher als die mithetrossene Gemeinde in der Lage, aus sachlicher Distanz

368) BGBl. I S. 720.

369) Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 336, 3. Wahlper., Anm. zu § 116.

370) Schrödter, Komm. z. BBauG, Rdn. 4 zu § 147.

371) Siehe Fussn. 104.

eine abgewogene Entscheidung zu treffen. Regelt § 104 Abs. 1 demnach eine staatliche Angelegenheit, so entfällt eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts schon deshalb, weil der Gesetzgeber der örtlichen Gemeinschaft keine Aufgabe genommen hat.

Die höhere Verwaltungsbehörde entscheidet in einem streng formalisierten Verfahren (§ 105 ff.) über die Zulässigkeit der Enteignung (§ 112) sowie über Art und Höhe der Entschädigung (§ 113 Abs. 2 Nr. 8, 9). Die Gestaltung des Verfahrens soll einen möglichst weitgehenden Eigentumsschutz gewährleisten³⁷²⁾.

Die Gemeinde ist nach § 107 Abs. 1 Nr. 6 in ihrer Eigenschaft als Gebietskörperschaft und Träger der Bauleitplanung stets am Verfahren beteiligt³⁷³⁾, nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 nur dann, wenn sie einen Enteignungsantrag gestellt hat.

b) Die höhere Verwaltungsbehörde hat nach den Vorschriften der §§ 18 Abs. 2, 21 Abs. 3, 28, 40 Abs. 6, 41 Abs. 4, 43 Abs. 2, 44 Abs. 3, 126 Abs. 2, 151 Abs. 2 über die Entschädigung zu entscheiden, wenn die zum Ersatz verpflichtete Gemeinde sich mit den Berechtigten nicht einigt. Im Streitfall ist der Gemeinde eine abschliessende Entscheidung versagt. Es fragt sich wiederum, ob die schiedsrichterliche Funktion in den oben näher bezeichneten Entschädigungsverfahren eine staatliche oder eine gemeindliche Aufgabe ist. Für die Zuordnung zum staatlichen Aufgabenbereich spricht, dass eine staatliche Behörde im Gegensatz zur entschädigungspflichtigen Gemeinde unparteiische Instanz ist. Sie ist ebenso wie im Enteignungsverfahren für die streitschlichtende Funktion besonders geeignet. Die Entscheidungskompetenz der höheren Verwaltungsbehörde ist darüber hinaus entwicklungsge-
schichtlich zu belegen. Das Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. 11. 1937 sah für die höhere Verwaltungsbehörde eine schiedsrichterliche Zuständigkeit vor. Nach § 3 des Gesetzes

372) Sellmann, DWW 60/358.

373) Pohl in Brügelmann u. a., Anm. 2 h zu § 107.

waren Schäden bei Vorarbeiten auf Grundstücken zu ersetzen; kam eine Einigung über den Schadenersatz nicht zustande, so hatte die höhere Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Betroffenen zu entscheiden. Weiterhin ist in diesem Zusammenhang auf die dargestellte Rechtsentwicklung im Enteignungsverfahrenszu verweisen. Wenn hiernach die Enteignungskompetenz herkömmlicherweise zum staatlichen Aufgabenkreis gehört, so kann zugleich die in dieser Zuständigkeit begründete schiedsrichterliche Funktion dem Herkommen nach als staatliche Tätigkeit angesehen werden. Diese Rechtsentwicklung ist den genannten Bestimmungen des BBauG zugrunde zu legen. Danach ist die im Falle fehlender Einigung über eine Entschädigungsleistung gegebene Entscheidungszuständigkeit keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) ist aus diesem Grunde nicht verletzt.

D. Schlussbetrachtung

Der Gesetzgeber hat den Gemeinden durch das BBauG eine Vielzahl von Verwaltungsmitteln zur Verfügung gestellt, die sie befähigen, die städtebauliche Entwicklung in Stadt und Land in geordnete Bahnen zu lenken. Das BBauG sieht ferner Regeln für einen einheitlichen Gesetzesvollzug im örtlichen Bereich vor. Der in grossräumigen Zusammenhängen denkende Bundesgesetzgeber sieht sich in stärkerem Masse als der Landesgesetzgeber der Gefahr ausgesetzt, der örtlichen Exekutive einen gesetzlichen Rahmen vorzuschreiben, der die Verwaltung schematisiert. Das BBauG eröffnet in gesetzlichen Ermächtigungen an den Verordnungsgeber teilweise die Möglichkeit, die Individualität der gemeindlichen Selbstverwaltung fühlbar einzuschränken, die Grenze der Zulässigkeit wird jedoch nicht überschritten.

Dagegen verletzt der Gesetzgeber das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde, soweit er die Einrichtung eines zwangsweise zu bildenden Planungsverbandes für den Sachbereich der verbindlichen Bauleitplanung vorsieht.

Eine Fülle von gesetzlichen Vorschriften ist der Überwachung des gemeindlichen Gesetzesvollzuges gewidmet. Das BBauG hat sich für die Rechtskontrolle entschieden. Eine weitergehende Aufsicht wäre im Bereich der vorbereitenden Bauleitplanung verfassungsgemäss. Beschränkt sich die Nachprüfung gemeindlichen Handelns auf dessen Gesetzmässigkeit, so ist diese Form der Aufsicht doch sehr intensiv gestaltet. Das BBauG enthält zahlreiche Regelungen, die von der Gemeinde zu beachten sind, insbesondere die Bauleitplanung ist in einen engen gesetzlichen Rahmen eingespannt. Die Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung wird massgebend vom Gedanken des Eigentumsschutzes mitbestimmt. Hier wird das im BBauG teilweise positivierte Gebot der Erforderlichkeit bedeutsam, das in der Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie des Grundsatzes des geringstmöglichen Eingriffes dem gemeindlichen Ermessen Schranken setzt. Der Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes hat auch den Gesetzgeber veranlasst, bestimmte plansichernde und planvollziehende Massnahmen an Gesetzes- und Zustimmungsvorbehalte zu koppeln sowie in einer Vielzahl von Entschädigungsverfahren schiedsrichterliche Entscheidungsbefugnisse zugunsten staatlicher Behörden zu schaffen.

Zahlreiche Vorschriften befassen sich auch mit dem Verhältnis von gemeindlicher Bauleitplanung und staatlicher Fachplanung. Eine systematische Ordnung lässt das BBauG allerdings vermissen. So bleibt das Problem der Kollision von Bauleitplan und Fachplan im Grundsätzlichen weiterhin ungelöst. Interessengegensätze müssen im wesentlichen durch gütliche Einigung der Beteiligten ausgeräumt werden.

Neuartige Regelungen bringt das BBauG für das Verhältnis von städtebaulicher Planung und Bauaufsicht. Der Gesetzgeber hat zugunsten der gemeindlichen Selbstverwaltung verfahrensrechtliche Beteiligungsbefugnisse eingeführt in dem Bestreben, die Planungs-

hoheit nach dieser Seite hin absichern zu müssen, und gleichzeitig die Kommunalaufsicht eingeschaltet. Die Neuerungen sind teilweise ungenügend durchdacht. Die Zustimmungsvorbehalte zugunsten staatlicher Behörden können entbehrt werden. Die Gestaltung gemeindlicher Mitwirkungsrechte wirft Rechtsschutzfragen auf. Für sie lassen sich mit Hilfe des Art. 19 Abs. 4 GG befriedigende Lösungen finden.

Lebenslauf

Ich wurde am 21. Mai 1934 als Sohn des Rechtsanwaltes Dr. Andreas Hamann und seiner Ehefrau Liselotte, geb. Kötz, in Siegen/Westf. geboren. Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Volksschule in Oldenburg i. O., von 1945 bis zur Reifeprüfung im Jahre 1955 das altsprachliche Gymnasium in Oldenburg.

Im Sommersemester 1955 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft. Ich habe an den Universitäten Marburg und Freiburg studiert. Am 9. Dezember 1959 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

Mit Wirkung vom 1. Februar 1960 wurde ich zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichtes Oldenburg i. O. ernannt. Am 19. März 1965 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover. In der Zeit von Oktober 1965 bis September 1966 bin ich Assistent bei Professor Dr. Ule an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer gewesen. Seit Oktober 1966 bin ich beim Bundesverwaltungsgericht als wissenschaftlicher Hilfsarbeiter tätig.

